سلسلة نصوص تراثية للباحثين

(١١٤٠)

القياس

من علوم ابن قدامه

في كتابه المغني

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٥هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"به المانع من وطء الزوج، أشبه ما لو اغتسلت به مسلمة، فإن اغتسلت به من الجنابة كان مطهرا وجها واحدا؛ لأنه لم يزل مانعا من الصلاة، ولا استعمل في عبادة، أشبه ما لو تبرد به، ويحتمل أن يمنع استعماله؛ لأنه استعمل في الغسل من الجنابة، أشبه ما لو اغتسلت به مسلمة.

(١٦) فصل: وإن استعمل في طهارة مستحبة غير واجبة، كالتجديد، والغسلة الثانية والثالثة في الوضوء، والغسل للجمعة والعيدين وغيرهما، ففيه روايتان: إحداهما أنه كالمستعمل في رفع الحدث؛ لأنها طهارة مشروعة، أشبه ما لو اغتسل به من جنابة.

والثانية؛ لا يمنع؛ لأنه لم يزل مانعا من الصلاة، أشبه ما لو تبرد به. فإن لم تكن الطهارة مشروعة لم يؤثر استعمال الماء فيها شيئا، وكان كما لو تبرد به، أو غسل به ثوبه، ولا تختلف الرواية أن ما استعمل في التبرد والتنظيف، أنه باق على إطلاقه، ولا نعلم فيه خلافا.

[فصل المستعمل في تعبد من غير حدث]

(١٧) فصل: فأما المستعمل في تعبد من غير حدث، كغسل اليدين من نوم الليل، فإن قلنا ليس ذلك بواجب لم يؤثر استعماله في الماء، وإن قلنا بوجوبه، فقال القاضي: هو طاهر غير مطهر.

وذكر أبو الخطاب فيه روايتين: إحداهما؛ أنه يخرج عن إطلاقه؛ لأنه مستعمل في طهارة تعبد، أشبه المستعمل في رفع الحدث؛ «ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى أن يغمس القائم من نوم الليل يده في الإناء قبل غسلها.» فدل ذلك على أنه يفيد منعا.

والرواية الثانية، أنه باق على إطلاقه؛ لأنه لم يرفع حدثا، أشبه المتبرد به، وعلى قياسه المستعمل في غسل الذكر والأنثيين من المذي، إذا قلنا بوجوبه؛ لأنه في معناه.

[فصل إذا انغمس الجنب أو المحدث فيما دون القلتين]

(١٨) فصل: إذا انغمس الجنب أو المحدث فيما دون القلتين ينوي رفع الحدث صار مستعملا، ولم يرتفع حدثه. وقال الشافعي يصير مستعملا ويرتفع حدثه؛ لأنه إنما يصير مستعملا بارتفاع حدثه فيه.

ولنا قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا يغتسل أحدكم في الماء الدائم وهو جنب» رواه مسلم، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه؛ ولأنه بانفصال أول جزء من الماء عن بدنه صار الماء مستعملا، فلم يرتفع الحدث عن سائر البدن، كما لو اغتسل فيه شخص آخر. فإن كان الماء قلتين فصاعدا ارتفع حدثه، ولم

يتأثر به الماء؛ لأنه لا يحمل الخبث.

[فصل إذا اجتمع ماء مستعمل إلى قلتين غير مستعمل]

(١٩) فصل: إذا اجتمع ماء مستعمل إلى قلتين غير مستعمل صار الكل طهورا؛ لأنه لو كان المستعمل نجسا." (١)

"نجس، فكان جميعه نجسا، كما لو تقاربت أقطاره؛ ولأن المتغير مائع نجس، فينجس ما يلاقيه، ثم تنجس بذلك ما يلاقيه إلى آخره.

فإن اضطرب فزال التغير زال التنجيس؛ لزوال علته. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا بلغ الماء قلتين لم ينجسه شيء.» وقوله - صلى الله عليه وسلم -: «الماء طهور لا ينجسه شيء» .

وغير المتغير قد بلغ القلتين ولم يتغير، فيدخل في عموم الأحاديث؛ ولأنه ماء كثير لم يتغير بالنجاسة، فكان طاهرا، كما لو لم يتغير منه شيء؛ ولأن العلة في نجاسة الماء الكثير التغير فقط، فيختص التنجيس بمحل العلة، كما لو تغير بعضه بطاهر، فلا يصح ال قياس على ما إذا كان غير المتغير ناقصا عن القلتين؛ لأنه قليل ينجس بمجرد الملاقاة للنجاسة، بخلاف الكثير.

وأما تباعد الأقطار وتقاربها فلا عبرة بها، إنما العبرة بكون غير المتغير قليلا أو كثيرا، فلا يمتنع الحكم بطهارة الماء الملاصق للنجاسة، بدليل ما لو كان فيه كلب أو ميتة، فإن الملاصق له طاهر، وإن منعت طهارته فالملاصق للملاصق طاهر، وعلى قياس قولهم ينبغي أن يتنجس البحر إذا تغير جانبه والماء الجاري وكل ما تغير بعضه ولا قائل به، وقد قال أحمد في المصانع التي بطريق مكة: لا ينجس تلك شيء.

[فصل لا فرق بين يسير النجاسة وكثيرها]

(٢٥) فصل: ولا فرق بين يسير النجاسة وكثيرها، وسواء كان اليسير مما يدركه الطرف أو لا يدركه من جميع النجاسات، إلا أن ما يعفى عن يسيره في الثوب، كالدم ونحوه، حكم الماء المتنجس به حكمه في العفو عن يسيره، وكل نجاسة ينجس بها الماء يصير حكمه حكمها؛ لأن نجاسة الماء ناشئة عن نجاسة الواقع، وفرع عليها، والفرع يثبت له حكم أصله.

وقيل عن الشافعي: إن ما لا يدركه الطرف من النجاسة معفو عنه؛ للمشقة اللاحقة به. ونص في موضع

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ١٨

على أن الذباب إذا وقع على خلاء رقيق، أو بول، ثم وقع على الثوب، غسل موضعه، ونجاسة الذباب مما لا يدركها الطرف؛ ولأن دليل التنجيس لا يفرق بين يسير النجاسة وكثيرها، ولا بين ما يدركه الطرف وما لا يدركه، فالتفريق تحكم بغير دليل، وما ذكروه من المشقة غير صحيح؛ لأننا إنما نحكم بنجاسة ما علمنا وصول النجاسة إليه، ومع العلم لا يفترقان في المشقة، ثم إن المشقة حكمة لا يجوز تعليق الحكم بها بمجردها.

وجعل ما لا يدركه الطرف ضابطا لها غير صحيح، فإن ذلك إنما يعرف بتوقيف، أو اعتبار الشرع له في موضع، ولم يوجد واحد منهما.

[فصل الغديران إذا اتصل أحدهما بالآخر بساقية بينهما]

(٢٦) فصل: والغديران إذا اتصل أحدهما بالآخر بساقية بينهما، فيها ماء قليل أو كثير، فهما ماء واحد، حكمهما حكم الغدير الواحد، إن بلغا جميعا قلتين لم يتنجس واحد منهما إلا بالتغير، وإن لم يبلغاها تنجس كل واحد." [(١)]

"منهما بوقوع النجاسة في أحدهما؛ لأنه ماء راكد متصل بعضه ببعض، أشبه الغدير الواحد

[فصل في الماء الجاري]

(٢٧) فصل في الماء الجاري: نقل عن أحمد، – رحمه الله –، ما يدل على الفرق بين الماء الجاري والراكد؛ فإنه قال في حوض الحمام: قد قيل إنه بمنزلة الماء الجاري. وقال في البئر يكون لها مادة: هو واقف لا يجري، ليس هو بمنزلة ما يجري.

فعلى هذا لا يتنجس الجاري إلا بتغيره؛ لأن الأصل طهارته، ولا نعلم في تنجيسه نصا ولا إجماعا، فبقي على أصل الطهارة؛ ولأنه يدخل في عموم قوله – عليه السلام –: «الماء طهور لا ينجسه شيء» ، وقوله: " الماء طهور لا ينجسه شيء إلا ما غلب على ريحه وطعمه ولونه ". فإن قيل: قد ورد الشرع بتنجيس قليله؛ بقوله – عليه السلام –: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث» .

قلنا: هذا حجة على طهارته؛ لأن ماء الساقية بمجموعه قد بلغ القلتين، فلا يحمل الخبث، وتخصيص الجرية منه بهذا التقدير تحكم لا دليل عليه، ثم الخبر إنما ورد في الماء الراكد، ولا يصح قياس الجاري

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٤

عليه، لقوته بجريانه واتصاله بمادته، ثم الخبر إنما يدل بمنطوقه على نفي النجاسة عما بلغ القلتين، وإنما يستدل هاهنا بمفهومه، وقضاء حق المفهوم يحصل بمخالفة ما دون القلتين لما بلغهما، وقد حصلت المخالفة بكون ما دون القلتين يفترق فيه الماء الجاري والراكد في التنجيس، وما بلغهما لا يختلف، وهذا كاف.

وقال القاضي، وأصحابه: كل جرية من الماء الجاري معتبرة بنفسها، فإذا كانت النجاسة جارية مع الماء، فما أمامها طاهر؛ لأنها لم تصل إليه، وما خلفها طاهر؛ لأنه لم يصل إليها، والجرية التي فيها النجاسة إن بلغت قلتين فهي طاهرة، إلا أن تتغير بالنجاسة، وإن كانت دون القلتين فهي نجسة، وإن كانت النجاسة واقفة في جانب النهر، أو قراره، أو في وهدة منه، فكل جرية تمر عليها إن كانت دون القلتين فهي نجسة، و إن بلغت قلتين فهي طاهرة، إلا أن تتغير.

والجرية: هي الماء الذي فيه النجاسة، وما قرب منها من خلفها وأمامها، مما العادة انتشارها إليه إن كانت مما ينتشر، مع ما يحاذي ذلك كله مما بين طرفي النهر.

فإن كانت النجاسة ممتدة فلكل جزء منها مثل تلك الجرية المعتبرة للنجاسة القليلة، ولا يجعل جميع ما يحاذيها جرية واحدة، لئلا يفضي إلى تنجيس الماء الكثير بالنجاسة القليلة، ونفي التنجيس عن الكثير مع وجود النجاسة الكثيرة، فإن المحاذي للكثيرة كثير فلا يتنجس، والمحاذي للقليلة قليل فيتنجس، فإننا لو فرضنا كلبا في جانب نهر، وشعرة منه في الجانب الآخر، لكان المحاذي للشعرة لا يبلغ قلتين؛ لقلة ما يحاذيها، والمحاذي للكلب يبلغ قلالا، وقد ذكر القاضي وابن عقيل، أن الجرية المحاذية للنجاسة فيما بين طرفي النهر ويتعين حمله على ما ذكرناه، لما بيناه.." (١)

"فإن قيل: فهذا يفضي إلى التسوية بين النجاسة الكثيرة والقليلة، قلنا: الشرع سوى بينهما في الماء الراكد، وهو أصل، فتجب التسوية بينهما في الجاري، الذي هو فرع.

[فصل كان في جانب النهر ماء واقف مائل عن سنن الماء]

(٢٨) فصل: فإن كان في جانب النهر ماء واقف، مائل عن سنن الماء، متصل بالجاري، أو كان في أرض النهر وهدة، فيها ماء واقف وكان ذلك مع الجرية المقابلة له دون القلتين، نجسا جميعا بوجود النجاسة في أحدهما؛ لأنه ماء متصل دون القلتين، فينجس بها جميعه كالراكد.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٥

وإن كان أحدهما قلتين لم ينجس واحد منهما ما داما متلاقيين إلا بالتغير؛ لأن القلتين تدفع النجاسة عن نفسها، وعما لاقته. ثم لا يخلو من كون النجاسة في النهر، أو في الواقف، فإن كانت في النهر وهو قلتان فهو طاهر على كل حال، وكذلك الواقف، وإن كان دون القلتين فهو نجس قبل ملاقاته للواقف، فإذا حاذاه طهر باتصاله به، فإذا فارقه عاد إلى التنجس؛ لقلته مع وجود النجاسة فيه.

وإن كانت النجاسة في الواقف لم ينجس بحال؛ لأنه لا يزال هو وما لاقاه قلتين فإن كان الواقف دون القلتين، والجرية كذلك، إلا أنهما بمجموعهما يزيدان عن القلتين، وكانت النجاسة في الواقف، لم ينجس واحد منهما؛ لأنها مع ما تلاقيه أكثر من قلتين،

وإن كانت في النهر، ف قياس قول أصحابنا أن ينجس الواقف، والجرية التي فيها النجاسة، وكل ما يمر بعدها بالواقف؛ لأن الجرية التي فيها النجاسة كانت نجسة قبل ملاقاة الواقف، ثم نجس بها الواقف؛ لكونه ماء دون القلتين ورد عليه ماء نجس، ولم تطهر الجرية؛ لأنها بمنزلة ماء نجس صب على ما دون القلتين، فلما صار الواقف نجسا نجس ما يمر عليه، ويحتمل أن يحكم بطهارة الجرية حال ملاقاتها للواقف، ولا يتنجس الواقف بها؛ لأنه ماء كثير لم يتغير فلا ينجس؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا بلغ الماء قلتين لم ينجسه شيء» .

وهذا مذهب الشافعي. وهذا كله ما لم يتغير، فإن تغير فهو نجس، وحكمه حكم أعيان النجاسة، فإذا كان الواقف متغيرا وحده فالجرية التي تمر به إن كانت قلتين فهي طاهرة، وإن كانت دون القلتين فهي نجسة، وإن كانت الجرية متغيرة، والواقف قلتان، فهو طاهر، وإلا فهو نجس، وإن كان بعض الواقف متغيرا وبعضه غير متغير، وكان غير المتغير مع الجرية الملاقية له قلتين لم ينجس؛ لأنه ماء زائد عن القلتين لم يتغير، فكان طاهرا، كما لو كانت الجرية قلتين.

وإن كان المتغير منه الواقف يلي الجاري وغير المتغير لا يليه ولا يتصل به من أعلى الماء ولا أسفله، ولا من ناحية من نواحيه، وكل واحد منهما دون القلتين، فينبغي أن يكون الكل نجسا؛ لأن كل ما يلاقي الماء النجس لا يبلغ القلتين، وإن اتصل به من ناحية فكل ما لم يتغير طاهر إذا بلغ القلتين؛ لأنه كالغديرين اللذين بينهما ساقية، وإن شك في ذلك فالماء طاهر؛ لأن الأصل الطهارة، فلا تزول بالشك، والله أعلم.." (١)

"أنفسهم، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: أعلفوه النواضح» واحتج به أحمد.

وقال في كسب الحجام: " أطعمه ناضحك أو رقيقك ". وقال أحمد: ليس هذا بميتة. يعني أن نهي رسول

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٦

الله – صلى الله عليه وسلم – إنما تناول الميتة، وليس هذا بداخل في النهي، ولا في معناها؛ ولأن استعمال شحوم الميتة فيما سئل عنه النبي – صلى الله عليه وسلم – يفضي إلى تعدي نجاستها، واستعمال ما دهنت به من الجلود، فيكون مستعملا للنجاسة، وليس كذلك هاهنا؛ فإن نجاسة هذا لا تتعدى أكله.
قال أحمد: ولا يطعم لشيء يؤكل في الحال، ولا يحلب لبنه، لئلا يتنجس به، ويصير كالجلال.

[مسألة إلا أن تكون النجاسة بولا أو عذرة مائعة]

(٣٦) مسألة قال: (إلا أن تكون النجاسة بولا أو عذرة مائعة فإنه ينجس، إلا أن يكون مثل المصانع التي بطريق مكة، وما أشبهها من المياه الكثيرة التي لا يمكن نزحها، فذاك الذي لا ينجسه شيء) يعني بالمصانع: البرك التي صنعت موردا للحاج، يشربون منها، يجتمع فيها ماء كثير ويفضل عنهم، فتلك لا تتنجس بشيء من النجاسات ما لم تتغير، لا نعلم أحدا خالف في هذا.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الماء الكثير، مثل الرجل من البحر ونحوه، إذا وقعت فيه نجاسة، فلم تغير له لونا ولا طعما ولا ريحا، أنه بحاله يتطهر منه، فأما ما يمكن نزحه إذا بلغ قلتين فلا يتنجس بشيء من النجاسات، إلا ببول الآدميين، أو عذرتهم المائعة؛ فإن فيه روايتين عن أحمد، أشهرهما: أنه يتنجس بذلك.

روي نحو هذا عن علي، والحسن البصري. قال الخلال: وحدثنا عن علي بإسناد صحيح، أنه سئل عن صبي بال في بئر، فأمرهم أن ينزفوها، ومثل ذلك عن الحسن البصري. ووجه ذلك: ما روى أبو هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الذي لا يجري، ثم يغتسل منه» متفق عليه. وفي لفظ: " ثم يتوضأ منه ". صحيح. ولـلبخاري: «ثم يغتسل فيه.»

وهذا متناول للقليل والكثير، وهو خاص في البول، وأصح من حديث القلتين فيتعين تقديمه. والرواية الثانية، أنه لا يتنجس ما لم يتغير، كسائر النجاسات، اختارها أبو الخطاب، وابن عقيل، وهذا مذهب الشافعي وأكثر أهل العلم لا يفرقون بين البول وغيره من النجاسات؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا بلغ الماء قلتين لم ينجس» .

ولأن بول الآدمي لا تزيد على نجاسة بول الكلب، وهو لا ينجس القلتين، فبول الآدمي أولى، وحديث أبي هريرة لا بد من تخصيصه، بدليل ما لا يمكن نزحه، فيقاس عليه ما بلغ القلتين، أو يخص بخبر القلتين،

فإن تخصيصه بخبر النبي – صلى الله عليه وسلم – أولى من تخصيصه بالرأي والتحكم من غير دليل؛ ولأنه لو تساوى الحديثان لوجب العدول إلى ال قياس على سائر النجاسات.." [١]

"حيوان البحر، منه العلق، والديدان، والسرطان، ونحوها، لا يتنجس بالموت، ولا يتنجس الماء إذا مات فيه، في قول عامة الفقهاء؛ قال ابن المنذر: لا أعلم في ذلك خلافا، إلا ما كان من أحد قولي الشافعي، قال فيها قولان: أحدهما:

ينجس قليل الماء. قال بعض أصحابه: وهو ال قياس

والثاني: لا ينجس وهو الأصلح للناس فأما الحيوان في نفسه فهو عنده نجس، قولا واحدا؛ لأنه حيوان لا يؤكل لا لحرمته، فينجس بالموت، كالبغل والحمار، ولنا: قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليمقله، فإن في أحد جناحيه داء، وفي الآخر شفاء.» رواه البخاري، وأبو داود، وفي لفظ: «إذا وقع الذباب في شراب أحدكم فليغمسه كله، ثم ليطرحه؛ فإن في أحد جناحيه سما، وفي الآخر شفاء» .

قال ابن المنذر: ثبت أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال ذلك. قال الشافعي: مقله ليس بقتله.

قلنا: اللفظ عام في كل شراب بارد، أو حار، أو دهن، مما يموت بغمسه فيه، فلو كان ينجس الماء كان أمرا بإفساده، وقد روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «قال لسلمان: يا سلمان، أيما طعام أو شراب ماتت فيه دابة ليست لها نفس سائلة، فهو الحلال: أكله، وشربه، ووضوءه» . وهذا صريح. أخرجه الترمذي، والدارقطني، قال الترمذي: يرويه بقية، وهو مدلس، فإذا روى عن الثقات جود

ولأنه لا نفس له سائلة، لم يتولد من النجاسة، فأشبه دود الخل إذا مات فيه، فإنهم سلموا ذلك ونحوه، أنه لا ينجس المائع الذي تولد منه، إلا أن يؤخذ ثم يطرح فيه، أو يشق الاحتراز منه، أشبه ما ذكرناه، وإذا ثبت أنه لا ينجس، لزم أن لا يكون نجسا؛ لأنه لو كان نجسا لنجس كسائر النجاسات.

(٤٤) فصل: فإن غير الماء فحكمه حكم الطاهرات؛ إن كان مما لا يمكن التحرز منه، كالجراد يتساقط في الماء ونحوه، فهو كورق الشجر المتناثر في الماء، يعفى عنه، وإن كان مما يمكن التحرز منه، كالذي يلقى في الماء قصدا، فهو كالورق الذي يلقى في الماء، ولو تغير الماء بحيوان مذكى، من غير أن يصيب نجاسة، فقد نقل إسحاق بن منصور، قال: سئل أحمد عن شاة مذبوحة، وقعت في ماء فتغير ريح الماء؟ قال: لا بأس، إنما ذلك إذا كان من نجاسة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٠

وقال عبد الله بن أحمد: قال أبي: وأما السمك إذا غير الماء، فأرجو أن لا يكون به بأس.

[فصل ضرب حيوانا مأكولا فوقع في ماء ثم وجده ميتا]

(٤٥) فصل: ذكر ابن عقيل فيمن ضرب حيوانا مأكولا، فوقع في ماء، ثم وجده ميتا، ولم يعلم هل مات." (١)

"ينجس بالموت، كالشهيد؛ ولأنه لو نجس بالموت لم يطهر بالغسل؛ كسائر الحيوانات التي تنجس، ولم يفرق أصحابنا بين المسلم والكافر؛ لاستوائهما في الآدمية، وفي حال الحياة، ويحتمل أن ينجس الكافر بموته؛ لأن الخبر إنما ورد في المسلم، ولا يصح قياس الكافر عليه؛ لأنه لا يصلى عليه، وليس له حرمة كحرمة المسلم.

(٤٧) فصل: وحكم أجزاء الآدمي وأبعاضه حكم جملته، سواء انفصلت في حياته أو بعد موته؛ لأنها أجزاء من جملة. فكان حكمها كسائر الحيوانات الطاهرة والنجسة؛ ولأنها يصلى عليها، فكانت طاهرة كجملته. وذكر القاضي أنها نجسة، رواية واحدة؛ لأنها لا حرمة لها، بدليل أنه لا يصلى عليها. ولا يصح هذا؛ فإن لها حرمة، بدليل أن كسر عظم الميت ككسر عظم الحي، ويصلى عليها إذا وجدت من الميت، ثم تبطل بشهيد المعركة، فإنه لا يصلى عليه، وهو طاهر.

(٤٨) فصل وفي الوزغ وجهان: أحدهما لا ينجس بالموت؛ لأنه لا نفس له سائلة، أشبه العقرب؛ ولأنه إن شك في نجاسته فالماء يبقى على أصله في الطهارة. والثاني أنه ينجس؛ لما روي عن علي – رضي الله عنه – أنه كان يقول. إن ماتت الوزغة أو الفأرة في الجب يصب ما فيه، واذا ماتت في بئر فانزحها حتى تغلبك.

(٤٩) فصل: وإذا مات في الماء حيوان لا يعلم، هل ينجس بالموت أم لا؟ فالماء طاهر؛ لأن الأصل طهارته، والنجاسة مشكوك فيها، فلا نزول عن اليقين بالشك وكذلك الحكم إن شرب منه حيوان يشك في نجاسة سؤره وطهارته؛ لما ذكرنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٣

[مسألة لا يتوضأ بسؤر كل بهيمة لا يؤكل لحمها إلا السنور]

(٥٠) مسألة قال: (ولا يتوضأ بسؤر كل بهيمة لا يؤكل لحمها، إلا السنور وما دونها في الخلقة) . السؤر فضلة الشرب. والحيوان قسمان: نجس وطاهر. فالنجس نوعان: أحدهما ما هو نجس، رواية واحدة، وهو الكلب، والخنزير، وما تولد منهما، أو من أحدهما، فهذا نجس، عينه، وسؤره، وجميع ما خرج منه، روي ذلك عن عروة، وهو مذهب الشافعي، وأبي عبيد، وهو قول أبي حنيفة في السؤر خاصة. وقال مالك، والأوزاعي، وداود: سؤرهما طاهر، يتوضأ به ويشرب، وإن ولغا في طعام لم يحرم أكله.

وقال الزهري: يتوضأ به إذا لم يجد." (١)

"الخبرين.

وقال أبو حنيفة: لا يجب العدد في شيء من النجاسات، وإنما يغسل حتى يغلب على الظن نقاؤه من النجاسة؛ لأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال في الكلب يلغ في الإناء: «يغسل ثلاثا، أو خمسا، أو سبعا» فلم يعين عددا؛ ولأنها نجاسة، فلم يجب فيها العدد، كما لو كانت على الأرض. ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعا» . متفق عليه، ولمسلم، وأبي داود: «أولاهن بالتراب» . وحديث عبد الله بن المغفل، الذي ذكرناه.

وحديثهم يرويه عبد الوهاب بن الضحاك، وهو ضعيف. وقد روى غيره من الثقات: (فليغسله سبعا.

وعلى أنه يحتمل الشك من الراوي، فينبغي أن يتوقف فيه، ويعمل بغيره. وأما الأرض فإنه سومح في غسلها للمشقة، بخلاف غيرها.

(٥٥) فصل: فإن جعل مكان التراب غيره؛ من الأشنان، والصابون، والنخالة، ونحو ذلك، أو غسله غسلة ثامنة، فقال أبو بكر: فيه وجهان: أحدهما لا يجزئه؛ لأنه طهارة أمر فيها بالتراب، فلم يقم غيره مقامه، كالتيمم؛ ولأن الأمر به تعبد غير معقول، فلا يجوز ال قياس فيه.

والثاني: يجزئه؛ لأن هذه الأشياء أبلغ من التراب في الإزالة، فنصه على التراب تنبيه عليها؛ ولأنه جامد أمر به في إزالة النجاسة، فألحق به ما يماثله كالحجر في الاستجمار.

فأما الغسلة الثامنة فالصحيح أنها لا تقوم مقام التراب؛ لأنه إن كان القصد به تقوية الماء في الإزالة فلا يحصل ذلك بالثامنة؛ لأن الجمع بينهما أبلغ في الإزالة، وإن وجب تعبدا امتنع إبداله، وال قياس عليه.

وقال بعض أصحابنا: إنما يجوز العدول إلى غير التراب عند عدمه، أو إفساد المحل المغسول به، فأما مع

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٥

وجوده وعدم الضرر فلا وهذا قول ابن حامد.

القسم الثاني: نجاسة غير الكلب والخنزير، ففيها روايتان: إحداهما يجب العدد فيها قياسا على نجاسة الولوغ، وروي عن ابن عمر،، أنه قال: «أمرنا بغسل الأنجاس سبعا.» فينصرف إلى أمر النبي – صلى الله عليه وسلم –.

والثانية، لا يجب العدد، بل يجزئ فيها المكاثرة بالماء من غير عدد، بحيث تزول عين النجاسة، وهذا قول الشافعي لما روي عن ابن عمر، قال: «كانت الصلاة خمسين، والغسل من الجنابة سبع مرات، والغسل من البول سبع مرات، فلم يزل النبي – صلى الله عليه وسلم – يسأل حتى جعلت الصلاة خمسا، والغسل." (١)

"من البول مرة، والغسل من الجنابة مرة» رواه الإمام أحمد، في " مسنده " وأبو داود، في " سننه " وهذا نص، إلا أن في مراجعة أيوب بن جابر، وهو ضعيف، وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا أصاب إحداكن الدم من الحيضة فلتقرصه، ثم لتنضحه بماء، ثم لتصل فيه» . رواه البخاري.

ولم يأمر فيه بعدد، وفي حديث آخر، «أن امرأة ركبت ردف النبي – صلى الله عليه وسلم – على ناقته، فلما نزلت إذا على حقيبته شيء من دمها، فأمرها النبي – صلى الله عليه وسلم – أن تجعل في الماء ملحا، ثم تغسل به الدم» . رواه أبو داود، ولم يأمرها بعدد «، وأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – أن يصب على بول الأعرابي سجل من ماء» . متفق عليه، ولم يأمر بالعدد.

ولأنها نجاسة غير الكلب، فلم يجب فيها العدد، وروي أن العدد لا يعتبر في غير محل الاستنجاء من البدن، ويعتبر في محل الاستنجاء وبقية المحال، قال الخلال: هذه الرواية وهم. ولم يثبتها. فإذا قلنا: بوجوب العدد، ففي قدره روايتان: إحداهما سبع؛ لما قدمنا.

والثانية، ثلاث؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا قام أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا؛ فإنه لا يدري أين باتت يده» . متفق عليه. إلا قوله " ثلاثا " انفرد به مسلم، أمر بغسلها ثلاثا؛ ليرتفع وهم النجاسة، ولا يرفع وهم النجاسة إلا ما يرفع حقيقتها. وقد روي أن النجاسة في محل الاستنجاء تطهر بثلاث، وفي غيره تطهر بسبع؛ لأن محل الاستنجاء تتكرر فيه النجاسة، فاقتضى ذلك التخفيف، وقد اجتزئ فيها بثلاثة أحجار، مع أن الماء أبلغ في الإزالة، فأولى أن يجتزئ فيها بثلاث غسلات.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٠

قال القاضي: الظاهر من قول أحمد ما اختار الخرقي، وهو وجوب العدد في جميع النجاسات. فإن قلنا لا يجب العدد لم يجب التراب، وكذلك إن قلنا: لا يجب الغسل سبعا؛ لأن الأصل عدم وجوبه، ولم يرد الشرع به إلا في نجاسة الولوغ. وإن قلنا بوجوب السبع، ففي وجوب التراب وجهان: أحدهما يجب؛ قياسا على الولوغ.

والثاني لا يجب؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بالغسل للدم وغيره، ولم يأمر بالتراب إلا في نجاسة الولوغ، فوجب أن يقتصر عليه؛ ولأن التراب إن أمر به تعبدا وجب قصره على محله، وإن أمر به لمعنى في الولوغ للزوجة فيه لا تنقلع إلا بالتراب، فلا يوجد ذلك في غيره،." (١)

"أحدهما أن لا يزيد عدد الطاهر على النجس، فلا خلاف في المذهب أنه لا يجوز التحري فيهما. والثاني أن يكثر عدد الطاهرات؛ فذهب أبو علي النجاد، من أصحابنا، إلى جواز التحري فيها. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن الظاهر إصابة الطاهر؛ ولأن جهة الإباحة قد ترجحت، فجاز التحري، كما لو اشتبهت عليه أخته في نساء مصر.، وظاهر كلام أحمد: أنه لا يجوز التحري فيها بحال.

وهو قول أكثر أصحابه. وهو قول المزني، وأبي ثور. وقال الشافعي: يتحرى ويتوضأ بالأغلب عنده في الحالين؛ لأنه شرط للصلاة، فجاز التحري من أجله، كما لو اشتبهت القبلة؛ ولأن الطهارة تؤدى باليقين تارة، وبالظن أخرى، ولهذا جاز التوضؤ بالماء القليل المتغير، الذي لا يعلم سبب تغيره. وقال ابن الماجشون: يتوضأ من كل واحد منهما وضوءا، ويصلي به.

وبه قال محمد بن مسلمة، إلا أنه قال: يغسل ما أصابه من الأول؛ لأنه أمكنه أداء فرضه بيقين، فلزمه، كما لو اشتبه طاهر بطهور، وكما لو نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها، أو اشتبهت عليه الثياب. ولنا أنه اشتبه المباح بالمحظور، فيما لا تبيحه الضرورة، فلم يجز التحري، كما لو استوى العدد عند أبي حنيفة، وكما لو كان أحدهما بولا عند الشافعي، فإنه قد سلمه، واعتذر أصحابه بأنه لا أصل له في الطهارة. قلنا: وهذا الماء قد زال عنه أصل الطهارة، وصار نجسا، فلم يبق للأصل الزائل أثر، على أن البول قد كان ماء، فله أصل في الطهارة، كهذا الماء النجس.

وقولهم: إذا كثر الطاهر ترجحت الإباحة. يبطل بما إذا اشتبهت أخته في مائة أو ميتة بمذكيات، فإنه لا يجوز التحري، وإن كثر المباح، وأما إذا اشتبهت في نساء مصر، فإنه يشق اجتنابهن جميعا، ولذلك يجوز له النكاح من غير تحر. وأما القبلة فيباح تركها للضرورة، كحالة الخوف، ويجوز أيضا في السفر في صلاة

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤١

النافلة؛ ولأن قبلته ما يتوجه إليه بظنه، ولو بان له يقين الخطأ لم يلزمه الإعادة، بخلاف مسألتنا.

وأما المتغير من غير سبب يعلمه، فيجوز الوضوء به استنادا إلى أصل الطهارة، وإن غلب على ظنه نجاسته، ولا يحتاج إلى تحر. وفي مسألتنا عارض يقين الطهارة يقين النجاسة، فلم يبق له حكم، ولهذا لا يجوز استعماله من غير تحر. ثم يبطل قياسهم بما إذا كان أحدهما بولا والآخر ماء. ويدل على صحة ما قلنا: أنه لو توضأ من أحد الإناءين وصلى، ثم غلب على ظنه في الصلاة الثانية أن الآخر هو الطاهر، فتوضأ به وصلى من غير غسل أثر الأول، فقد علمنا أنه صلى بالنجاسة يقينا، وإن غسل أثر الأول ففيه حرج ونقض لاجتهاده باجتهاده، ونعلم أن إحدى الصلاتين باطلة، لا بعينها فيلزمه إعادتهما، فإن توضأ من الأول فقد توضأ بما يعتقده نجسا.

وما قاله ابن الماجشون فباطل؛ فإنه يفضي إلى تنجيس نفسه يقينا، وبطلان صلاته إجماعا. وما قاله ابن مسلمة ففيه حرج، ويبطل بالقبلة؛ فإنه لا يلزمه أن يصلي إلى أربع جهات.." (١)

"وأما الثعالب فيبنى حكمها على حلها، وفيها روايتان، كذلك يخرج في جلودها؛ فإن قلنا بتحريمها فحكم جلودها حكم جلود بقية السباع، وكذلك السنانير البرية، فأما الأهلية فمحرمة، وهل تطهر جلودها بالدباغ؟ يخرج على روايتين. (٧٦) فصل: إذا قلنا بطهارة الجلود بالدباغ لم يطهر منها جلد ما لم يكن طاهرا في الحياة، نص أحمد على أنه يطهر.

وقال بعض أصحابنا: لا يطهر إلا ما كان مأكول اللحم. وهو مذهب الأوزاعي، وأبي ثور، وإسحاق؛ لأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «دباغ الأديم ذكاته» . فشبه الدبغ بالذكاة؛ والذكاة إنما تعمل في مأكول اللحم؛ ولأنه أحد المطهرين للجلد، فلم يؤثر في غير مأكول كالذبح.

وظاهر كلام أحمد أن كل طاهر في الحياة يطهر بالدبغ؛ لعموم لفظه في ذلك؛ ولأن قوله - عليه الصلاة والسلام -: «أيما إهاب دبغ فقد طهر» يتناول المأكول وغيره وخرج منه ما كان نجسا في الحياة؛ لكون الدبغ إنما يؤثر في دفع نجاسة حادثة بالموت، فيبقى فيما عداه على قضية العموم.

وحديثهم يحتمل أنه أراد بالذكاة التطييب، من قولهم: رائحة ذكية، أي: طيبة وهذا يطيب الجميع، ويدل على هذا: أنه أضاف الذكاة إلى الجلد خاصة، والذي يختص به الجلد هو تطييبه وطهارته، أما الذكاة التي هي الذبح، فلا تضاف إلا إلى الحيوان كله، ويحتمل أنه أراد بالذكاة الطهارة، فسمى الطهارة ذكاة، فيكون اللفظ عاما في كل جلد، فيتناول ما اختلفنا فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٥

[فصل أكل جلد الميتة بعد الدبغ]

(٧٧) فصل: ولا يحل أكله بعد الدبغ، في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن حامد: أنه يحل. وهو وجه لأصحاب الشافعي؛ لقوله: - صلى الله عليه وسلم - «دباغ الأديم ذكاته» ولأنه معنى يفيد الطهارة في الجلد، فأباح الأكل كالذبح، ولنا قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ [المائدة: ٣] ، والجلد منها، وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - «إنما حرم من الميتة أكلها.» متفق عليه؛ ولأنه جزء من الميتة، فحرم أكله كسائر أجزائها، ولا يلزم من الطهارة إباحة الأكل، بدليل الخبائث مما لا ينجس بالموت، ثم لا يسمع قياسهم في ترك كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - (٧٨) فصل: ويجوز بيعه، وإجارته، والانتفاع به في كل ما يمكن الانتفاع به فيه، سوى الأكل؛ لأنه صار بمنزلة المذكى في غير الأكل ولا يجوز بيعه قبل دبغه؛ لأنه نجس، متفق على نجاسة عينه، فأشبه الخنزير.." (١)

"﴿كأنهن بيض مكنون﴾ [الصافات: ٤٩] ، وهن أحسن من البيض، والمرأة الحسناء تشبه بالظبية وبقرة الوحش، وهي أحسن منهما. وقولهم: إن الدبغ يرفع العلة ممنوع فإننا قد بينا أن الجلد لم ينجس؛ لما ذكرناه، وإن سلمنا فإن الذبح لا يمنع منها ثم يبطل ما ذكروه بذبح المجوسي والوثني والمحرم، وبترك التسمية، وما شق بنصفين.

[فصل لا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة]

(٨٢) فصل: ظاهر المذهب، أنه لا يطهر شيء من النجاسات بالاستحالة، إلا الخمرة، إذا انقلبت بنفسها خلا، وما عداه لا يطهر؛ كالنجاسات إذا احترقت وصارت رمادا، والخنزير إذا وقع في الملاحة وصار ملحا، والدخان المترقي من وقود النجاسة، والبخار المتصاعد من الماء النجس إذا اجتمعت منه نداوة على جسم صقيل ثم قطر، فهو نجس. ويتخرج أن تطهر النجاسات كلها بالاستحالة قياسا على الخمرة إذا انقلبت، وجلود الميتة إذا دبغت، والجلالة إذا حبست، والأول ظاهر المذهب. وقد نهى إمامنا - رحمه الله - عن الخبز في تنور شوي فيه خنزير.

[مسألة آنية عظام الميتة]

(٨٣) مسألة قال: (وكذلك آنية عظام الميتة) يعني: أنها نجسة، وجملة ذلك، أن عظام الميتة نجسة، سواء

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٥١

كانت ميتة ما يؤكل لحمه، أو ما لا يؤكل لحمه، كالفيلة، ولا يطهر بحال، وهذا مذهب مالك، والشافعي، وإسحاق، وكره عطاء، وطاوس، والحسن، وعمر بن عبد العزيز - رضي الله عنهم - عظام الفيلة، ورخص في الانتفاع بها محمد بن سيرين، وغيره، وابن جريج؛ لما روى أبو داود بإسناده عن ثوبان، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «اشتر لفاطمة - رضي الله عنها - قلادة من عصب وسوارين من عاج» . ولنا قول الله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ [المائدة: ٣] والعظم من جملتها، فيكون محرما، والفيل لا يؤكل." (١)

"الشعب سلسلة من فضة.» رواه البخاري؛ ولأن الحاجة تدعو إليه، وليس فيه سرف ولا خيلاء، فأشبه الضبة من الصفر. قال القاضي: ويباح ذلك مع الحاجة وعدمها؛ لما ذكرنا، إلا أن ما يستعمل من ذلك لا يباح كالحلقة، وما لا يستعمل كالضبة يباح. وقال أبو الخطاب لا يباح اليسير إلا لحاجة؛ لأن الخبر إنما ورد في تشعيب القدح في موضع الكسر، وهو لحاجة، ومعنى الحاجة أن تدعو الحاجة إلى ما فعله به، وإن كان غيره يقوم مقامه، وتكره مباشرة موضع الفضة بالاستعمال؛ كي لا يكون مستعملا لها، وسنذكر ذلك في غير هذا الموضع بأبسط من هذا، إن شاء الله تعالى.

[فصل الوضوء في الأواني النفيسة غير الذهب والفضة]

(٩١) فصل: فأما سائر الآنية فمباح اتخاذها واستعمالها، سواء كانت ثمينة، كالياقوت والبلور والعقيق والصفر والمخروط من الزجاج، أو غير ثمينة، كالخشب والخزف والجلود. ولا يكره استعمال شيء منها في قول عامة أهل العلم، إلا أنه روي عن ابن عمر أنه كره الوضوء في الصفر والنحاس والرصاص وما أشبه ذلك. واختار ذلك الشيخ أبو الفرج المقدسي؛ لأن الماء يتغير فيها، وروي أن الملائكة تكره ريح النحاس، وقال الشافعي في أحد قوليه: ما كان ثمينا لنفاسة جوهره فهو محرم؛ لأن تحريم الأثمان تنبيه على تحريم ما هو أعلى منه؛ ولأن فيه سرفا وخيلاء وكسر قلوب الفقراء، فكان محرما كالأثمان.

ولنا ما روي عن عبد الله بن زيد، قال: «أتانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأخرجنا له ماء في تور من صفر، فتوضأ.» متفق عليه، وروى أبو داود في " سننه "، عن عائشة قالت: «كنت أغتسل أنا ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - في تور من شبه» ولأن الأصل الحل، فيبقى عليه، ولا يصح قياسه على الأثمان؛ لوجهين: أحدهما أن هذا لا يعرفه إلا خواص الناس، فلا تنكسر قلوب الفقراء باستعماله، بخلاف

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٥٣

الأثمان.
والثاني أن هذه الجواهر لقلتها لا يحصل اتخاذ الآنية منها إلا نادرا، فلا تفضي إباحتها إلى اتخاذها واستعمالها، وتعلق التحريم بالأثمان التي هي واقعة في مظنة الكثرة، فلم يتجاوزه، كما تعلق حكم التحريم في اللباس بالحرير، وجاز استعمال القصب من الثياب، وإن زادت قيمته على قيمة الحرير؛ ولأنه لو." [1]

"وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن عمر، وابن عباس، وعائشة، - رضي الله عنهم -، لعموم الأحاديث المروية في السواك، وقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من خير خصال الصائم السواك» . رواه ابن ماجه. وقال عامر بن ربيعة: «رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - ما لا أحصي يتسوك وهو صائم.» قال الترمذي: هذا حديث حسن.

[مسألة غسل اليدين في أول الوضوء]

(١٢٠) مسألة: قال: وغسل اليدين إذا قام من نوم الليل قبل أن يدخلهما الإناء ثلاثا. غسل اليدين في أول الوضوء مسنون في الجملة، سواء قام من النوم أو لم يقم؛ لأنها التي تغمس في الإناء وتنقل الوضوء إلى الأعضاء، ففي غسلهما إحراز لجميع الوضوء، «وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يفعله، فإن عثمان - رضي الله عنه - وصف وضوء النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: دعا بالماء فأفرغ على كفيه ثلاث مرات، فغسلهما، ثم أدخل يده في الإناء.» متفق عليه.

وكذلك وصف علي وعبد الله بن زيد، وغيرهما، وليس ذلك بواجب عند غير القيام من النوم، بغير خلاف نعلمه، فأما عند القيام من نوم الليل، فاختلفت الرواية في وجوبه؛ فروي عن أحمد وجوبه، وهو الظاهر عنه، واختيار أبي بكر وهو مذهب ابن عمر وأبي هريرة والحسن البصري لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يديه قبل أن يدخلهما الإناء ثلاثا؛ فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده» . متفق عليه. وفي لفظ لمسلم: " فلا يغمس يده في وضوء حتى يغسلها ثلاثا ".

وأمره يقتضي الوجوب، ونهيه يقتضي التحريم. وروي أن ذلك مستحب، وليس بواجب. وبه قال عطاء ومالك والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، وابن المنذر؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة: ٦] . الآية.

قال زيد بن أسلم في تفسيرها: إذا قمتم من نوم. ولأن القيام من النوم داخل في عموم الآية، وقد أمره

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٨/١

بالوضوء من غير غسل الكفين في أوله، والأمر بالشيء يقتضي حصول الإجزاء به؛ ولأنه قائم من نوم، فأشبه القائم من نوم النهار، والحديث محمول على الاستحباب، لتعليله بما يقتضي ذلك، وهو قوله: «فإنه لا يدري أين باتت يده» وطريان الشك على يقين الطهارة لا يؤثر فيها، كما لو تيقن الطهارة وشك في الحدث، فيدل ذلك على أنه أراد الندب. (١٢١) فصل: ولا تختلف الرواية في أنه لا يجب غسلهما من نوم النهار، وسوى الحسن بين نوم الليل ونوم النهار في الوجوب؛ لعموم قوله: (إذا قام أحدكم من نومه) .

ولنا أن في الخبر ما يدل على إرادة نوم الليل؛ لقوله: (فإنه لا يدري أين باتت يده) ، والمبيت يكون بالليل خاصة، ولا يصح قياس غيره عليه لوجهين: أحدهما أن الحكم ثبت تعبدا، فلا يصح تعديته.

الثاني أن الليل مظنة النوم والاستغراق فيه وطول مدته، فاحتمال إصابة يده لنجاسة." [١]

"لا يشعر بها أكثر من احتمال ذلك في نوم النهار. قال أحمد في رواية الأثرم: الحديث في المبيت بالليل، فأما النهار فلا بأس به.

[فصل غمس يده في الإناء قبل غسلها]

(١٢٢) فصل: فإن غمس يده في الإناء قبل غسلها، فعلى قول من لم يوجب غسلها، لا يؤثر غمسها شيئا، ومن أوجبه قال: إن كان الماء كثيرا يدفع النجاسة عن نفسه، لم يؤثر أيضا؛ لأنه يدفع الخبث عن نفسه، وإن كان يسيرا، فقال أحمد: أعجب إلي أن يهريق الماء، فيحتمل أن تجب إراقته، وهو قول الحسن لأن النهي عن غمس اليد فيه يدل على تأثيره فيه، وقد روى أبو حفص عمر بن المسلم العكبري في الخبر زيادة عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإن أدخلها قبل الغسل أراق الماء» .

ويحتمل أن لا تزول طهوريته ولا تجب إراقته؛ لأن طهورية الماء كانت ثابتة بيقين، والغمس المحرم لا يقتضي إبطال طهورية الماء؛ لأنه إن كان لوهم النجاسة، فالوهم لا يزول به يقين الطهورية؛ لأنه لم يزل يقين الطهارة، فكذلك لا يزيل الطهورية، فإننا لم نحكم بنجاسة اليد ولا الماء؛ ولأن اليقين لا يزول بالشك فبالوهم أولى، وإن كان تعبدا فنقتصر على مقتضى الأمر والنهي، وهو وجوب الغسل وتحريم الغمس، ولا يعدى إلى غير ذلك، ولا يصح قياسه على رفع الحدث؛ لأن هذا ليس بحدث؛ ولأن من شرط تأثير غمس المحدث أن ينوي رفع الحدث، ولا فرق هاهنا بين أن ينوي أو لا ينوي. وقال أبو الخطاب: إن غمس يده في الماء قبل غسلها، فهل تبطل طهوريته؟ على روايتين.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٧٣

[فصل حد اليد المأمور بغسلها]

(١٢٣) فصل: وحد اليد المأمور بغسلها من الكوع؛ لأن اليد المطلقة في الشرع تتناول ذلك، بدليل قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] وإنما تقطع يد السارق من مفصل الكوع، وكذلك في التيمم يكون في اليدين إلى الكوع، والدية الواجبة في اليد تجب على من قطعها من مفصل الكوع. وغمس بعضها، ولو أصبع أو ظفر منها، كغمس جميعها في أحد الوجهين؛ لأن ما تعلق المنع بجميعه تعلق ببعضه، كالحدث والنجاسة. والثاني لا يمنع، وهو قول الحسن لأن النهي تناول غمس جميعها، ولا يلزم من كون الشيء مانعا كون بعضه مانعا، كما لا يلزم من كون الشيء سببا كون بعضه سببا، وغمسها بعد غسلها دون الثلاث كغمسها قبل غسلها؛ لأن النهي لا يزول حتى يغسلها ثلاثا.." (١)

"وقال أبو الخطاب يفتقر إليها قياسا على الوضوء. وهذا بعيد؛ فإن التسمية في الوضوء غير واجبة في الصحيح، ومن أوجبها فإنما أوجبها تعبدا، فيجب قصرها على محلها، فإن التعبد به فرع التعليل، ومن شرطه كون المعنى معقولا، ولا يمكن إلحاقه به لعدم الفرق، فإن الوضوء آكد، وهو في أربعة أعضاء، وسببه غير سبب غسل اليد.

[فصل انغمس الجنب في ماء كثير]

(١٢٨) فصل: ولو انغمس الجنب في ماء كثير، أو توضأ في ماء كثير، يغمس فيه أعضاءه، ولم ينو غسل اليدين من نوم الليل، صح غسله ووضوءه، ولم يجزه عن غسل اليد من نوم الليل عند من أوجب النية في غسلها؛ لأن بقاء النجاسة على العضو لا يمنع رفع الحدث، فلو غسل أنفه أو يده في الوضوء، وهو نجس، لارتفع حدثه، وبقاء الحدث على الوضوء لا يمنع رفع حدث آخر؛ بدليل ما لو توضأ الجنب ينوي رفع الحدث الأصغر، أو اغتسل ولم ينو الطهارة الصغرى، صحت المنوية دون غيرها، وهذا لا يخرج عن شبهه بأحد الأمرين.

[فصل وجد ماء قليلا ليس معه ما يغترف به ويداه نجستان]

(١٢٩) فصل: إذا وجد ماء قليلا ليس معه ما يغترف به ويداه نجستان، فقال أحمد: لا بأس أن يأخذ بفيه ويصب على يده. وهكذا لو أمكنه غمس خرقة أو غيرها وصبه على يديه فعل ذلك. فإن لم يمكنه شيء

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٧٤

من ذلك تيمم وتركه؛ لئلا ينجس الماء ويتنجس به. فإن كان لم يغسل يديه من نوم الليل توضأ منه، عند من يجعل الماء باقيا على إطلاقه. ومن جعله مستعملا، قال: يتوضأ به ويتيمم معه. ولو استيقظ المحبوس من نومه فلم يدر؛ أهو من نوم النهار أو الليل؟ لم يلزمه غسل يديه؛ لأن الأصل عدم الوجوب، فلا نوجبه بالشك.

[مسألة التسمية عند الوضوء]

(١٣٠) مسألة قال: والتسمية عند الوضوء. ظاهر مذهب أحمد – رضي الله عنه –: أن التسمية مسنونة في طهارة الأحداث كلها. رواه عنه جماعة من أصحابه. وقال الخلال الذي استقرت الروايات عنه أنه لا بأس به. يعني إذا ترك التسمية. وهذا قول الثوري ومالك والشافعي وأبي عبيدة، وابن المنذر وأصحاب الرأي. وعنه أنها واجبة فيها كلها؛ الوضوء، والغسل، والتيمم.

وهو اختيار أبي بكر ومذهب الحسن وإسحاق لما روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه» . رواه أبو داود، والترمذي، رواه عن النبي – صلى الله عليه وسلم – جماعة من أصحابه. قال الإمام أحمد: حديث أبي سعيد أحسن حديث في هذا الباب. وقال الترمذي: حديث سعيد بن زيد أحسن. وهذا نفي في نكرة يقتضي أن لا يصح وضوءه بدون التسمية. ووجه الرواية الأولى: أنها طهارة، فلا تفتقر إلى التسمية، كالطهارة من النجاسة، أو عبادة، فلا تجب فيها التسمية." (١)

"كسائر العبادات؛ ولأن الأصل عدم الوجوب، وإنما ثبت بالشرع والأحاديث، قال أحمد: ليس يثبت في هذا حديث، ولا أعلم فيها حديثا له إسناد جيد.

وقال الحسن بن محمد: ضعف أبو عبد الله الحديث في التسمية، وقال: أقوى شيء فيه حديث كثير بن زيد، عن ربيح – يعني حديث أبي سعيد – ثم ذكر ربيحا، أي من هو؟ ومن أبوه؟ فقال: يعني الذي يروي حديث سعيد بن زيد. يعني أنهم مجهولون، وضعف إسناده. وإن صح ذلك فيحمل على تأكيد الاستحباب ونفي الكمال بدونها، كقوله: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» . (١٣١) فصل: وإن قلنا بوجوبها فتركها عمدا، لم تصح طهارته؛ لأنه ترك واجبا في الطهارة، أشبه ما لو ترك النية. وإن تركها سهوا صحت طهارته. نص عليه أحمد في رواية أبي داود فإنه قال.

سألت أحمد بن حنبل: إذا نسي التسمية في الوضوء؟ قال: أرجو أن لا يكون عليه شيء. وهذا قول إسحاق

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٦/١

فعلى هذا إذا ذكر في أثناء طهارته أتى بها حيث ذكرها؛ لأنه لما عفي عنها مع السهو في جملة الوضوء ففي بعضه أولى، وإن تركها عمدا حتى غسل عضوا لم يعتد بغسله؛ لأنه لم يذكر اسم الله عليه مع العمد. وقال الشيخ أبو الفرج: إذا سمى في أثناء الوضوء أجزأه. يعني على كل حال؛ لأنه قد ذكر اسم الله على وضوئه. وقال بعض أصحابنا: لا تسقط بالسهو لعموم الخبر، و قياسا لها على سائر الواجبات. والأول أولى؛ لقوله - عليه السلام -: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» ؛ ولأن الوضوء عبادة تتغاير أفعالها، فكان في واجباتها ما يسقط بالسهو كالصلاة، ولا يصح قياسها على سائر واجبات الطهارة؛ لأن تلك تأكد وجوبها، بخلاف التسمية.

إذا ثبت هذا فإن التسمية هي قول بسم الله لا يقوم غيرها مقامها، كالتسمية المشروعة على الذبيحة، وعند أكل الطعام وشرب الشراب، وموضعها بعد النية قبل أفعال الطهارة كلها؛ لأن التسمية قول واجب في الطهارة، فيكون بعد النية، لتشمل النية جميع واجباتها، وقبل أفعال الطهارة، ليكون مسميا على جميعها، كما يسمى على الذبيحة وقت ذبحها.

[مسألة المبالغة في الاستنشاق]

(١٣٢) مسألة قال: والمبالغة في الاستنشاق إلا أن يكون صائما معنى المبالغة في الاستنشاق: اجتذاب الماء بالنفس إلى أقصى الأنف، ولا يجعله سعوطا، وذلك سنة مستحبة في الوضوء، إلا أن يكون صائما فلا يستحب، لا نعلم في ذلك خلافا. والأصل في ذلك ما روى عاصم بن لقيط بن صبرة، عن أبيه، قال: «قلت: يا رسول الله، أخبرني عن الوضوء. قال أسبغ الوضوء، وخلل بين الأصابع، وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائما» رواه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح ولأنه من أعضاء الطهارة، فاستحبت المبالغة فيه كسائر أعضائها.." [١]

"ما نوى» . متفق عليه، فنفى أن يكون له عمل شرعي بدون النية؛ ولأنها طهارة عن حدث، فلم تصح بغير نية، والآية حجة لنا؛ فإن قوله ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة: ٦] . أي: للصلاة، كما يقال: إذا لقيت الأمير فترجل. أي: له وإذا رأيت الأسد فاحذر. أي: منه، وقولهم: ذكر كل الشرائط.

قلنا: إنما ذكر أركان الوضوء، وبين النبي - صلى الله عليه وسلم - شرطه كآية التيمم. وقولهم: مقتضى

(١) المغني لابن قدامة ١/٧٧

الأمر حصول الإجزاء. قلنا: بل مقتضاه وجوب الفعل، وهو واجب. فاشترط لصحته شرط آخر، بدليل التيمم وقولهم: إنها طهارة. قلنا: إلا أنها عبادة، والعبادة لا تكون إلا منوية؛ لأنها قربة إلى الله تعالى، وطاعة له، وامتثال لأمره، ولا يحصل ذلك بغير نية.

[فصل محل النية]

(١٤٤) فصل: ومحل النية القلب؛ إذ هي عبارة عن القصد، ومحل القصد القلب، فمتى اعتقد بقلبه أجزأه، وإن لم يلفظ بلسانه وإن لم تخطر النية بقلبه لم يجزه. ولو سبق لسانه إلى غير ما اعتقده لم يمنع ذلك صحة ما اعتقده بقلبه.

[فصل صفة النية]

(١٤٥) فصل: وصفتها أن يقصد بطهارته استباحة شيء لا يستباح إلا بها، كالصلاة والطواف ومس المصحف، وينوي رفع الحدث، ومعناه إزالة المانع من كل فعل يفتقر إلى الطهارة. وهذا قول من وافقنا على اشتراط النية، لا نعلم بينهم فيه اختلافا. فإن نوى بالطهارة ما لا تشرع له الطهارة؛ كالتبرد والأكل والبيع والنكاح ونحوه، ولم ينو الطهارة الشرعية، لم يرتفع حدثه؛ لأنه لم ينو الطهارة، ولا ما يتضمن نيتها، فلم يحصل له شيء، كالذي لم يقصد شيئا.

وإن نوى تجديد الطهارة، فتبين أنه كان محدثا، فهل تصح طهارته؟ على روايتين: إحداهما تصح؛ لأنه طهارة شرعية، فينبغي أن يحصل له ما نواه، وللخبر، و قياسا على ما لو نوى رفع الحدث. والثانية لا تصح طهارته؛ لأنه لم ينو رفع الحدث ولا ما تضمنه، أشبه ما لو نوى التبرد. وإن نوى ما تشرع له الطهارة ولا تشترط، كقراءة القرآن والأذان والنوم، فهل يرتفع حدثه؟ على وجهين: أصلهما، إذا نوى تجديد الوضوء وهو محدث، والأولى صحة طهارته؛ لأنه نوى شيئا من ضرورة صحة." (١)

"ولنا على الزهري قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الأذنان من الرأس» . وفي حديث ابن عباس، والربيع، والمقدام، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - مسح أذنيه مع رأسه.» وقد ذكرناهما. ولم يحك أحد أنه غسلهما مع الوجه، وإنما أضافهما إلى الوجه لمجاورتهما له، والشيء يسمى باسم ما جاوره. ولنا على مالك أن هذا من الوجه في حق من لا لحية له، فكان منه في حق من له لحية كسائر الوجه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٣/١

وقوله: إن الوجه ما يحصل به المواجهة. قلنا: وهذا يحصل به المواجهة في الغلام. ويستحب تعاهد هذا الموضع بالغسل؛ لأنه مما يغفل الناس عنه، قال المروذي: أراني أبو عبد الله ما بين أذنه وصدغه، وقال: هذا موضع ينبغي أن يتعاهد. وهذا الموضع مفصل اللحي من الوجه، فلذلك سماه الخرقي مفصلا.

(١٥١) فصل ويدخل في الوجه العذار، وهو الشعر الذي على العظم الناتئ الذي هو سمت صماخ الأذن، وما انحط عنه إلى وتد الأذن.

والعارض: وهو ما نزل عن حد العذار، وهو الشعر الذي على اللحيين. قال الأصمعي والمفضل بن سلمة: ما جاوز وتد الأذن عارض. والذقن: مجمع اللحيين. فهذه الشعور الثلاثة من الوجه يجب غسلها معه. وكذلك الشعور الأربعة، وهي الحاجبان، وأهداب العينين، والعنفقة، والشارب.

فأما الصدغ، وهو الشعر الذي بعد انتهاء العذار، وهو ما يحاذي رأس الأذن وينزل عن رأسها قليلا، والنزعتان، وهما ما انحسر عنه الشعر من الرأس متصاعدا في جانبي الرأس، فهما من الرأس. وذكر بعض أصحابنا في الصدغ وجها آخر، أنه من الوجه؛ لأنه متصل بالعذار، أشبه العارض، وليس بصحيح؛ فإن الربيع بنت معوذ قالت: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - توضأ فمسح رأسه، ومسح ما أقبل منه وما أدبر، وصدغيه وأذنيه، مرة واحدة.» فمسحه مع الرأس، ولم ينقل أنه غسله مع الوجه؛ ولأنه شعر متصل بشعر الرأس لا يختص الكبير، فكان من الرأس، كسائر نواحيه، وما ذكره من ال قياس طردي لا معنى تحته، وليس هو أولى من قياسنا. فأما التحذيف، وهو الشعر الداخل في الوجه ما بين انتهاء العذار والنزعة، فهو من الوجه. ذكره ابن حامد.

ويحتمل أنه من الرأس؛ لأنه شعر متصل به، والأول أصح؛ لأن محله لو لم يكن عليه شعر لكان من الوجه، فكذلك إذا كان عليه شعر، كسائر الوجه.

(١٥٢) فصل: وهذه الشعور كلها إن كانت كثيفة لا تصف البشرة، أجزأه غسل ظاهرها. وإن كانت تصف البشرة، وجب غسلها معه. وإن كان بعضها كثيفا وبعضها خفيفا، وجب غسل بشرة الخفيف معه وظاهر الكثيف. أومأ إليه أحمد - رحمه الله تعالى -. ومن أصحابنا من ذكر في الشارب، والعنفقة، والحاجبين، وأهداب العينين، ولحية المرأة، وجها آخر في وجوب غسل باطنها، وإن كانت كثيفة؛ لأنها لا تستر." [١]

(١) المغني لابن قدامة ١/٨٦

"ما تحتها عادة، وإن وجد ذلك كان نادرا، فلا يتعلق به حكم. وهذا مذهب الشافعي ولنا أنه شعر ساتر لما تحته، أشبه لحية الرجل، ودعوى الندرة في الحاجبين والشارب والعنفقة، غير مسلم، بل العادة ذلك.

(١٥٣) فصل: ومتى غسل هذه الشعور، ثم زالت عنه، أو انقلعت جلدة من يديه، أو قص ظفره أو انقلع، لم يؤثر في طهارته. قال يونس بن عبيد ما زاده ذلك إلا طهارة. وهذا قول أكثر أهل العلم. وحكي عن ابن جرير أن ظهور بشرة الوجه بعد غسل شعره يوجب غسلها، قياسا على ظهور قدم الماسح على الخف، ولا يصح؛ لأن الفرض انتقل إلى الشعر أصلا، بدليل أنه لو غسل البشرة دون الشعر، لم يجزه، بخلاف الخفين فإنهما بدل يجزئ غسل الرجلين دونهما.

[فصل غسل ما استرسل من اللحية]

(١٥٤) فصل ويجب غسل ما استرسل من اللحية. وقال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه: لا يجب غسل ما نزل منها عن حد الوجه طولا وعرضا؛ لأنه شعر خارج عن محل الفرض، فأشبه ما نزل من شعر الرأس عنه.

وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجب غسل اللحية الكثيفة؛ لأن الله تعالى إنما أمر بغسل الوجه، وهو اسم للبشرة التي تحصل بها المواجهة، والشعر ليس ببشرة، وما تحته لا تحصل به المواجهة. وقد قال الخلال الذي ثبت عن أبي عبد الله في اللحية أنه لا يغسلها وليست من الوجه ألبتة.

قال: وروى بكر بن محمد، عن أبيه، قال: سألت أبا عبد الله أيما أعجب إليك غسل اللحية أو التخليل؟ فقال: غسلها ليس من السنة، وإن لم يخلل أجزأه. وهذا ظاهر مثل مذهب أبي حنيفة في الرواية التي ذكرت عنه. ويحتمل أنه أراد ما خرج عن حد الوجه منها، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، والمشهور عن أبي حنيفة أن عليه غسل الربع من اللحية، بناء على أصله في مسح الرأس. وظاهر مذهب أحمد الذي عليه أصحابه، وجوب غسل اللحية كلها مما هو نابت في محل الفرض، سواء حاذى محل الفرض أو تجاوزه، وهو ظاهر كلام الشافعي.

وقول أحمد في نفي الغسل، أراد به غسل باطنها، أي غسل باطنها ليس من السنة، وقد روي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رأى رجلا قد غطى لحيته في الصلاة، فقال: اكشف وجهك؛ فإن اللحية من الوجه» ؛ ولأنه نابت في محل الفرض يدخل في اسمه ظاهرا، فأشبه اليد الزائدة؛ ولأنه يواجه به، فيدخل في اسم الوجه، ويفارق شعر الرأس، فإن النازل عنه لا يدخل في اسمه، والخف لا يجب مسح جميعه، بخلاف ما

نحن فيه.

[فصل يستحب أن يزيد في ماء الوجه]

(١٥٥) فصل: يستحب أن يزيد في ماء الوجه؛ لأن فيه غضونا وشعورا ودواخل وخوارج، ليصل الماء." [١]

"فعل ذلك ثلاثا.» متفق عليه. وفي لفظ، «أنه مضمض واستنشق واستنثر ثلاثا بثلاث غرفات.» متفق عليه. وفي لفظ: «فمضمض ثلاثا واستنشق ثلاثا من كف واحدة.» رواه الأثرم، وابن ماجه.

فإن شاء المتوضئ تمضمض واستنشق من ثلاث غرفات، وإن شاء فعل ذلك ثلاثا بغرفة واحدة؛ لما ذكرنا من الأحاديث. وإن أفرد المضمضة بثلاث غرفات، والاستنشاق بثلاث، جاز؛ لأنه قد روي في حديث طلحة بن مصرف، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه فصل بين المضمضة والاستنشاق.» رواه أبو داود؛ ولأن الكيفية في الغسل غير واجبة.

[فصل الترتيب بين المضمضة والاستنشاق وبين غسل بقية الوجه]

(١٥٩) فصل: ولا يجب الترتيب بينهما وبين غسل بقية الوجه؛ لأنهما من أجزائه، ولكن المستحب أن يبدأ بهما قبل الوجه؛ لأن كل من وصف وضوء رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذكر أنه بدأ بهما إلا شيئا نادرا. وهل يجب الترتيب والموالاة بينهما وبين سائر الأعضاء غير الوجه؟ على روايتين: إحداهما تجب، وهو ظاهر كلام الخرقي لأنهما من الوجه، فوجب غسلهما قبل غسل اليدين للآية، و قياسا على سائر أجزائه.

والثانية: لا تجب، بل لو تركهما في وضوئه وصلى تمضمض واستنشق وأعاد الصلاة ولم يعد الوضوء؛ لما روى المقدام بن معدي كرب، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أتي بوضوء، فغسل كفيه ثلاثا، ثم غسل وجهه ثلاثا، ثم غسل ذراعيه ثلاثا، ثم تمضمض واستنشق.» رواه أبو داود؛ ولأن وجوبهما بغير القرآن، وإنما وجب الترتيب بين الأعضاء المذكورة؛ لأن في الآية ما يدل على إرادة الترتيب. ولم يوجد ذلك فيهما. قيل لأحمد فنسي المضمضة وحدها؟ قال: الاستنشاق عندي آكد، وذلك لصحة الأخبار الواردة فيه بخصوصه. قال أصحابنا: وهل يسميان فرضا مع وجوبهما؟ على روايتين. وهذا ينبني على اختلاف الروايتين في الواجب، هل يسمى فرضا أو لا؟ والصحيح: أنه يسمى فرضا، فيسميان هاهنا فرضا، والله أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٨٧

[مسألة غسل اليدين إلى المرفقين]

(١٦٠) مسألة: قال: وغسل اليدين إلى المرفقين ويدخل المرفقين في الغسل. لا خلاف بين علماء الأمة في وجوب غسل اليدين في الطهارة، وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه: ﴿وأيديكم إلى المرافق﴾ [المائدة: ٦] . وأكثر العلماء على أنه يجب إدخال المرفقين في الغسل، منهم عطاء ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي.

وقال بعض أصحاب مالك، وابن داود: لا يجب. وحكي ذلك عن زفر؛ لأن الله تعالى أمر بالغسل إليهما، وجعلهما غايته بحرف إلى، وهو لانتهاء الغاية، فلا يدخل المذكور بعده، كقوله تعالى ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧]

ولنا ما روى جابر، قال: «كان النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا توضأ أدار الماء إلى مرفقيه.» وهذا." (١)

"النبي – صلى الله عليه وسلم – من أحب أن ينظر إلى طهور رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فلينظر إلى هذا.» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

«وكذلك وصف عبد الله بن أبي أوفى، وابن عباس، وسلمة بن الأكوع، والربيع، كلهم، قالوا: ومسح برأسه مرة واحدة.» وحكايتهم لوضوء النبي – صلى الله عليه وسلم – إخبار عن الدوام، ولا يداوم إلا على الأفضل الأكمل، وحديث ابن عباس حكاية وضوء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الليل حال خلوته، ولا يفعل في تلك الحال إلا الأفضل؛ ولأنه مسح في طهارة، فلم يسن تكراره، كالمسح في التيمم، والمسح على الجبيرة، وسائر المسح، ولم يصح من أحاديثهم شيء صريح.

قال أبو داود: أحاديث عثمان الصحاح كلها تدل على أن مسح الرأس مرة؛ فإنهم ذكروا الوضوء ثلاثا ثلاثا، وقالوا فيها: ومسح برأسه. ولم يذكروا عددا، كما ذكروا في غيره، والحديث الذي ذكر فيه: مسح رأسه ثلاثا. رواه يحيى بن آدم، وخالفه وكيع، فقال: توضأ ثلاثا. فقط. والصحيح عن عثمان أنه «توضأ ثلاثا ثلاثا، ومسح رأسه ولم يذكر عددا.» هكذا رواه البخاري ومسلم. قال أبو داود: وهو الصحيح. ومن روي عنه ذلك سوى عثمان، فلم يصح، فإنهم الذين رووا أحاديثنا وهي صحاح، فيلزم من ذلك ضعف ما خالفها ، والأحاديث التي ذكروا فيها أن النبي – صلى الله عليه وسلم – توضأ ثلاثا ثلاثا. أرادوا بها ما سوى المسح؛ فإن رواتها حين فصلوا قالوا: ومسح برأسه مرة واحدة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٩٠

والتفصيل يحكم به على الإجمال، ويكون تفسيرا له، ولا يعارض به، كالخاص مع العام، و قياسهم منقوض بالتيمم. فإن قيل يجوز أن يكون النبي – صلى الله عليه وسلم – قد مسح مرة ليبين الجواز، ومسح ثلاثا ثلاثا ليبين الأفضل، كما فعل في الغسل، فنقل الأمران نقلا صحيحا من غير تعارض بين الروايات.
قلنا: قول الراوي: هذا طهور رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يدل على أنه طهوره على الدوام؛ ولأن الصحابة، – رضي الله عنهم –، إنما ذكروا صفة وضوء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لتعريف سائلهم ومن حضرهم كيفية وضوئه في دوامه، فلو شاهدوا وضوءه على صفة أخرى لم يطلقوا هذا الإطلاق الذي يفهم منه أنهم لم يشاهدوا غيره؛ لأن ذلك يكون تدليسا وإيهاما بغير الصواب، فلا يظن ذلك بهم، وتعين حمل حال الراوي لغير الصحيح على الغلط لا غير؛ ولأن الرواة إذا رووا حديثا واحدا عن شخص واحد، فاتفق الحفاظ منهم على صفة، وخالفهم فيها واحد، حكموا عليه بالغلط، وإن كان ثقة حافظا، فكيف إذا لم يكن معروفا بذلك،

(١٧٠) فصل: إذا وصل الماء إلى بشرة الرأس، ولم يمسح على الشعر، لم يجزئه؛ لأن الفرض انتقل إليه، فلم يجز مسح غيره، كما لو أوصل الماء إلى باطن اللحية ولم يغسل ظاهرها. وإن نزل شعره عن منابت شعر." (١)

"رأسه بغير قصد لم يؤثر في الماء، فمتى وضع يده على ذلك البلل ومسح به فقد مسح بماء غير مستعمل، فصحت طهارته، كما لو حصل بقصده. فإن لم يمسح بيده، وقلنا إن الغسل يقوم مقام المسح، نظرنا؛ فإن قصد حصول الماء على رأسه أجزأه إذا جرى الماء عليه، وإلا لم يجزئه. وإن قلنا لم يجزئ الغسل عن المسح، لم يجزئه بحال.

(١٧٣) فصل: وإن مسح رأسه بخرقة مبلولة، أو خشبة، أجزأه في أحد الوجهين؛ لأن الله تعالى أمر بالمسح، وقد فعله، فأجزأه، كما لو مسح بيده أو بيد غيره؛ ولأن مسحه بيده غير مشترط، بدليل ما لو مسحه بيد غيره. والثاني لا يجزئه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – مسح بيده. وإن وضع على رأسه خرقة مبلولة فابتل بها رأسه، أو وضع خرقة ثم بلها حتى ابتل شعره، لم يجزئه؛ لأن ذلك ليس بمسح ولا غسل. ويحتمل أن يجزئه؛ لأنه بل شعره قاصدا للوضوء، فأجزأه، كما لو غسله. وإن مسح بإصبع أو إصبعين

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٩٥

أجزأه إذا مسح بهما ما يجب مسحه كله. ونقل محمد بن الحكم، عن أحمد أنه لا يجزئه.
قال القاضي: هذا محمول على وجوب الاستيعاب، فإنه لا يمكنه استيعاب الرأس بإصبعه، فأما إن استوعبه أجزأه؛ لأنه مسح ببعض يده، أشبه مسحه بكفه.

[فصل الأذنان من الرأس]

(١٧٤) فصل: والأذنان من الرأس، ف قياس المذهب وجوب مسحهما مع مسحه. وقال الخلال كلهم حكوا عن أبي عبد الله فيمن ترك مسحهما عامدا أو ناسيا، أنه يجزئه؛ وذلك لأنهما تبع للرأس، لا يفهم من إطلاق اسم الرأس دخولهما فيه، ولا يشبهان بقية أجزاء الرأس، ولذلك لم يجزه مسحهما عن مسحه عند من اجتزأ بمسح بعضه، والأولى مسحهما معه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - مسحهما مع رأسه، فروت «الربيع، أنها رأت النبي - صلى الله عليه وسلم - مسح رأسه، ما أقبل منه وما أدبر وصدغيه وأذنيه مرة واحدة» .
وروى ابن عباس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - مسح رأسه وأذنيه ظاهرهما وباطنهما.» وقال الترمذي: حديث ابن عباس وحديث الربيع صحيحان. وروى المقدام بن معدي كرب. «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - مسح برأسه وأذنيه، وأدخل إصبعيه في صماخي أذنيه.» رواه أبو داود. فيستحب أن يدخل سبابتيه في صماخي أذنيه، ويمسح ظاهر أذنيه بإبهاميه. ولا يجب مسح ما استتر بالغضاريف؛ لأن الرأس الذي هو الأصل لا يجب مسح ما استتر منه بالشعر، والأذن أولى.." (١)
"بن حزم أن لا يمس القرآن إلا طاهر.» وهو كتاب مشهور، رواه أبو عبيد في فضائل القرآن وغيره، ورواه الأثرم، فأما الآية التي كتب بها النبي - صلى الله عليه وسلم - فإنما قصد بها المراسلة، والآية في الرسالة أو كتاب فقه أو نحوه لا تمنع مسه، ولا يصير الكتاب بها مصحفا، ولا تثبت له حرمته إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز له مسه بشيء من جسده؛ لأنه من جسده، فأشبه يده.
وقولهم: إن المس إنما يختص بباطن اليد؛ ليس بصحيح؛ فإن كل شيء لاقى شيئا فقد مسه. (٢٠٠) فصل: ويجوز حمله بعلاقته. وهذا قول أبي حنيفة وروي ذلك عن الحسن وعطاء وطاوس والشعبي والقاسم وأبي وائل والحكم وحماد ومنع منه الأوزاعي ومالك والشافعي قال مالك أحسن ما سمعت أنه لا يحمل المصحف بعلاقته ولا في غلافه إلا وهو طاهر؛ وليس ذلك لأنه يدنسه، ولكن تعظيما للقرآن. واحتجوا بأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٩٧

مكلف محدث قاصد لحمل المصحف، فلم يجز، كما لو حمله مع مسه.

ولنا: أنه غير ماس له، فلم يمنع منه، كما لو حمله في رحله؛ ولأن النهي إنما يتناول المس، والحمل ليس بمس، فلم يتناوله النهي، و قياسهم فاسد؛ فإن العلة في الأصل مسه، وهو غير موجود في الفرع، والحمل لا أثر له، فلا يصح التعليل به. وعلى هذا لو حمله بعلاقة أو بحائل بينه وبينه مما لا يتبعه في البيع، جاز؛ لما ذكرنا. وعندهم لا يجوز.

ووجه المذهبين ما تقدم. ويجوز تقليبه بعود ومسه به، وكتب المصحف بيده من غير أن يمسه، وفي تصفحه بكمه روايتان. وخرج القاضي في مس غلافه وحمله بعلاقته رواية أخرى أنه لا يجوز؛ بناء على مسه بكمه. والصحيح: جوازه؛ لأن النهي إنما يتناول مسه، والحمل ليس بمس.

(٢٠١) فصل: ويجوز مس كتب التفسير والفقه وغيرها، والرسائل، وإن كان فيها آيات من القرآن، بدليل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كتب إلى قيصر كتابا فيه آية؛ ولأنها لا يقع عليها اسم مصحف، ولا تثبت لها حرمته. وفي مس صبيان الكتاتيب ألواحهم التي فيها القرآن وجهان:." [1]

"[باب الاستطابة والحدث]

الاستطابة: هي الاستنجاء بالماء أو بالأحجار، يقال استطاب، وأطاب: إذا استنجى؛ سمي استطابة لأنه يطيب جسده بإزالة الخبث عنه، قال الشاعر يهجو رجلا:

يا رخما قاظ على عرقوب ... يعجل كف الخارئ المطيب

والاستنجاء: استفعال من نجوت الشجرة أي: قطعتها، فكأنه قطع الأذى عنه، وقال ابن قتيبة هو مأخوذ من النجوة، وهي ما ارتفع من الأرض؛ لأن من أراد قضاء الحاجة استتر بها. والاستجمار: استفعال من الجمار، وهي الحجارة الصغار؛ لأنه يستعملها في استجماره.

(٢٠٤) مسألة: قال: وليس على من نام أو خرجت منه ريح استنجاء ولا نعلم في هذا خلافا. قال أبو عبد الله ليس في الريح استنجاء؛ في كتاب الله، ولا في سنة رسوله، إنما عليه الوضوء، وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من استنجى من ريح فليس منا.» رواه الطبراني في معجمه الصغير، وعن زيد بن أسلم في قوله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة: ٦] . إذا قمتم من النوم، ولم يأمر بغيره، فدل على أنه لا يجب؛ ولأن الوجوب من الشرع، ولم يرد بالاستنجاء هنا نص، ولا هو في معنى المنصوص عليه؛ لأن الاستنجاء إنما شرع لإزالة النجاسة، ولا نجاسة هاهنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٠٩

[مسألة الاستنجاء لما خرج من السبيلين]

(٢٠٥) مسألة: قال: والاستنجاء لما خرج من السبيلين هذا فيه إضمار، وتقديره: والاستنجاء واجب، فحذف خبر المبتدإ اختصارا، وأراد ما خرج غير الريح؛ لأنه قد بين حكمها، وسواء كان الخارج معتادا، كالبول والغائط، أو نادرا، كالحصى والدود والشعر، رطبا أو يابسا. ولو احتقن فرجعت أجزاء خرجت من الفرج، أو وطئ رجل امرأته دون الفرج فدب ماؤه إلى فرجها ثم خرج منه، فعليهما الاستنجاء على ظاهر كلام الخرقي، وقد صرح به القاضي وغيره.

ولو أدخل الميل في ذكره، ثم أخرجه، لزمه الاستنجاء؛ لأنه خارج من السبيل، فأشبه الغائط المستحجر، وال قياس أن لا يجب من ناشف لا ينجس المحل، للمعنى الذي ذكرنا في الريح، وهو قول الشافعي وهكذا الحكم في الطاهر، وهو المني إذا حكمنا بطهارته.

والقول بوجوب الاستنجاء في الجملة قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن سيرين فيمن صلى بقوم ولم يستنج: لا أعلم به بأسا. وهذا يحتمل أن يكون فيمن لم يلزمه الاستنجاء، كمن لزمه الوضوء لنوم أو خروج ريح، أو من ترك الاستنجاء ناسيا، فيكون موافقا لقول الجماعة. ويحتمل أنه لم ير وجوب الاستنجاء. وهذا قول أبي حنيفة لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –:." (١)

"(٢١٠) فصل: ويجزئه الاستجمار في النادر، كما يجزئ في المعتاد. ولأصحاب الشافعي وجه، أنه لا يجزئ في النادر. قال ابن عبد البر: ويحتمل أن يكون قول مالك لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بغسل الذكر من المذي، والأمر يقتضي الوجوب. قال ابن عبد البر: واستدلوا بأن الآثار كلها على اختلاف ألفاظها وأسانيدها ليس فيها ذكر استنجاء، إنما هو الغسل؛ ولأن النادر لا يتكرر، فلا يبقى اعتبار الماء فيه، فوجب، كغسل غير هذا المحل.

ولنا أن الخبر عام في الجميع؛ وأن الاستجمار في النادر إنما وجب ما صحبه من بلة المعتاد، ثم إن لم يشق فهو في محل المشقة، فتعتبر مظنة المشقة دون حقيقتها، كما جاز الاستجمار على نهر جار، وأما المذي فمعتاد كثير، وربما كان في بعض الناس أكثر من البول، قال علي بن أبي طالب، – رضي الله عنه –: «كنت رجلا مذاء، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: ذاك ماء الفحل، ولكل فحل ماء.» وقال سهل بن حنيف: كنت رجلا مذاء فكنت أكثر منه الاغتسال؛ ولهذا أوجب مالك منه الوضوء، وهو لا

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١١١

يوجبه من النادر، فليس هو من مسألتنا، ويجب غسل الذكر منه والأنثيين في إحدى الروايتين تعبدا. والأخرى أنه لا يجب، وأمره – صلى الله عليه وسلم – بغسله للاستحباب، قياسا على سائر ما يخرج. والله أعلم.

(٢١١) فصل: ولا يستجمر بيمينه، لقول سلمان في حديثه: «إنه لينهانا أن يستنجي أحدنا بيمينه.» رواه مسلم، وروى أبو قتادة، رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يمسكن أحدكم ذكره بيمينه، ولا يتمسح من الخلاء بيمينه» متفق عليه. فإن كان يستنجي من غائط أخذ الحجر بشماله فمسح به. وإن كان يستنجي من البول، وكان الحجر كبيرا، أخذ ذكره بشماله فمسح به. وإن كان صغيرا فأمكنه أن يضعه بين عقبيه، أو بين أصابعه، ويمسح ذكره عليه فعل، وإن لم يمكنه، أمسكه بيمينه، ومسح بيساره؛ لموضع الحاجة. وقيل: يمسك ذكره بيمينه، ويمسح بشماله؛ ليكون المسح بغير اليمين.
والأول أولى؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يمسكن أحدكم ذكره بيمينه» . وإذا أمسك الحجر باليمين، ومسح الذكر عليه، لم يكن ماسحا باليمين، ولا ممسكا للذكر بها، وإن كان أقطع اليسرى، أو بها مرض، استجمر بيمينه؛ للحاجة. ولا يكره الاستعانة بها في الماء؛ لأن الحاجة داعية إليه. وإن استجمر بيمينه مع الغنى عنه، أجزأه في قول أكثر أهل العلم. وحكي عن بعض أهل الظاهر أنه لا يجزئه؛ لأنه منهي عنه، فلم يفد مقصوده، كما لو استنجى بالروث والرمة، فإن النهي يتناول الأمرين، والفرق بينهما أن الروث آلة الاستجمار المباشرة للمحل." (١)

"[باب ما ينقض الطهارة] [مسألة الذي ينقض الطهارة ما خرج من قبل أو دبر]

(٢٣٤) مسألة: قال أبو القاسم: والذي ينقض الطهارة ما خرج من قبل أو دبر. وجملة ذلك أن الخارج من السبيلين على ضربين: معتاد كالبول والغائط والمني والمذي والودي والريح، فهذا ينقض الوضوء إجماعا قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن خروج الغائط من الدبر وخروج البول من ذكر الرجل وقبل المرأة وخروج المذي، وخروج الريح من الدبر أحداث ينقض كل واحد منها الطهارة، ويوجب الوضوء، ودم الاستحاضة ينقض الطهارة في قول عامة أهل العلم إلا في قول ربيعة.
الضرب الثاني: نادر كالدم والدود والحصا والشعر فينقض الوضوء أيضا، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. وكان عطاء والحسن وأبو مجلز والحكم وحماد والأوزاعي وابن المبارك، يرون الوضوء من الدود يخرج من الدبر، ولم يوجب مالك الوضوء من هذا الضرب لأنه نادر، أشبه الخارج من غير السبيل.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١١٤

ولنا أنه خارج من السبيل أشبه المذي؛ ولأنه لا يخلو من بلة تتعلق به، فينتقض الوضوء بها، وقد «أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - المستحاضة بالوضوء لكل صلاة ودمها نادر غير معتاد.»

[فصل المرأة يخرج من فرجها الريح هل ينقض الوضوء]

(٢٣٥) فصل: وقد نقل صالح، عن أبيه " في المرأة يخرج من فرجها الريح: ما خرج من السبيلين ففيه الوضوء. وقال القاضي: خروج الريح من الذكر وقبل المرأة ينقض الوضوء. وقال ابن عقيل: يحتمل أن يكون الأشبه بمذهبنا في الريح يخرج من الذكر أن لا ينقض؛ لأن المثانة ليس لها منفذ إلى الجوف، ولا جعلها أصحابنا جوفا، ولم يبطلوا الصوم بالحقنة فيه، ولا نعلم لهذا وجودا، ولا نعلم وجوده في حق أحد. وقد قيل: إنه يعلم وجوده بأن يحس الإنسان في ذكره دبيبا.

وهذا لا يصح فإن هذا لا يحصل به اليقين والطهارة لا تنتقض بالشك. فإن قدر وجود ذلك يقينا نقض الطهارة؛ لأنه خارج من أحد السبيلين، فنقض قياسا على سائر الخوارج.

[فصل قطر في إحليله دهنا ثم عاد فخرج]

(٢٣٦) فصل: وإن قطر في إحليله دهنا، ثم عاد فخرج نقض الوضوء؛ لأنه خارج من السبيل، ولا يخلو من بلة نجسة تصحبه فينتقض بها الوضوء، كما لو خرجت منفردة. ولو احتشى قطنا في ذكره ثم خرج وعليه بلل، نقض الوضوء؛ لأنه لو خرج منفردا لنقض، فكذلك إذا خرج مع غيره. فإن خرج ناشفا، ففيه وجهان." (١)

"محتمل لا يترك له العموم المتيقن؛ ولأن نقض الوضوء بالنوم يعلل بإفضائه إلى الحدث ومع الكثرة والغلبة يفضي إليه، ولا يحس بخروجه منه، بخلاف اليسير، ولا يصح قياس الكثير على اليسير، لاختلافهما في الإفضاء إلى الحدث.

الثالث ما عدا هاتين الحالتين وهو نوم القائم والراكع والساجد، فروي عن أحمد في جميع ذلك روايتان: إحداهما ينقض. وهو قول الشافعي؛ لأنه لم يرد في تخصيصه من عموم أحاديث النقض نص، ولا هو في معنى المنصوص، لكون القاعد متحفظا، لاعتماده بمحل الحدث إلى الأرض، والراكع والساجد ينفرج محل الحدث منهما. والثانية لا ينقض إلا إذا كثر. وذهب أبو حنيفة إلى أن النوم في حال من أحوال الصلاة لا ينقض وإن كثر؛ لما روى ابن عباس «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يسجد وينام وينفخ، ثم

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٢٥

يقوم فيصلي، فقلت له: صليت ولم تتوضأ وقد نمت، فقال: إنما الوضوء على من نام مضطجعا؛ فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله» رواه أبو داود؛ ولأنه حال من أحوال الصلاة.

فأشبهت حال الجلوس، والظاهر عن أحمد التسوية بين القيام والجلوس؛ لأنهما يشتبهان في الانخفاض واجتماع المخرج، وربما كان القائم أبعد من الحدث لعدم التمكن من الاستثقال في النوم، فإنه لو استثقل لسقط. والظاهر عنه في الساجد التسوية بينه وبين المضطجع؛ لأنه ينفرج محل الحدث، ويعتمد بأعضائه على الأرض، ويتهيأ لخروج الخارج فأشبه المضطجع. والحديث الذي ذكروه منكر. قاله أبو داود.

وقال ابن المنذر: لا يثبت، وهو مرسل يرويه قتادة عن أبي العالية. قال شعبة: لم يسمع منه إلا أربعة أحاديث ليس هذا منها.

(٢٤٢) فصل: واختلفت الرواية عن أحمد في القاعد المستند والمحتبي. فعنه: لا ينقض يسيره. قال أبو داود: سمعت أحمد قيل له: الوضوء من النوم؟ قال إذا طال. قيل: فالمحتبي؟ قال: يتوضأ. قيل: فالمتكئ؟ قال. الاتكاء شديد، والمتساند كأنه أشد. يعني من الاحتباء. ورأى منها كلها الوضوء، إلا أن يغفو. يعني قليلا. وعنه: ينقض. يعني بكل حال؛ لأنه معتمد على شيء، فهو كالمضطجع.

والأولى أنه متى كان معتمدا بمحل الحدث على الأرض أن لا ينقض منه إلا الكثير؛ لأن دليل انتفاء النقض في القاعد لا تفريق فيه فيسوي بين أحواله.

(٢٤٣) فصل: واختلف أصحابنا في تحديد الكثير من النوم الذي ينقض الوضوء، فقال القاضي: ليس للقليل حد." (١)

"وعروة وسليمان بن يسار والزهري والأوزاعي والشافعي، وهو المشهور عن مالك، وقد روي أيضا عن عمر بن الخطاب وأبي هريرة وابن سيرين وأبي العالية.

والرواية الثانية، لا وضوء فيه. روي ذلك عن علي وعمار وابن مسعود وحذيفة وعمران بن حصين وأبي الدرداء، وبه قال ربيعة والثوري وابن المنذر، وأصحاب الرأي لما روى قيس بن طلق، عن أبيه، قال: «قدمنا على نبي الله - صلى الله عليه وسلم - فجاء رجل كأنه بدوي، فقال: يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعدما يتوضأ؟ فقال وهل هو إلا بضعة منك أو مضغة منك» رواه أبو داود والنسائي، والترمذي، وابن ماجه؛ ولأنه عضو منه، فكان كسائره، ووجه الرواية الأولى ما روت بسرة بنت صفوان أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من مس ذكره فليتوضأ» وعن جابر مثل ذلك وعن أم حبيبة، وأبي أيوب قالا: سمعنا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/١

رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «من مس فرجه فليتوضأ» وفي الباب عن أبي هريرة رواهن ابن ماجه. وقال أحمد حديث بسرة وحديث أم حبيبة صحيحان. وقال الترمذي حديث بسرة حسن صحيح. وقال البخاري: أصح شيء في هذا الباب حديث بسرة وقال أبو زرعة حديث أم حبيبة أيضا صحيح وقد روي عن بضعة عشر من الصحابة – رضوان الله عليهم –. فأما خبر قيس فقال أبو زرعة، وأبو حاتم: قيس ممن لا تقوم بروايته حجة ثم إن حديثنا متأخر؛ لأن أبا هريرة قد رواه، وهو متأخر الإسلام، صحب النبي – صلى الله عليه وسلم – أربع سنين، وكان قدوم طلق على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهم يؤسسون المسجد أول زمن الهجرة، فيكون حديثنا ناسخا له.

و قياس الذكر على سائر البدن لا يستقيم؛ لأنه تتعلق به أحكام ينفرد بها؛ من وجوب الغسل بإيلاجه والحد والمهر، وغير ذلك.

(٢٤٩) فصل: فعلى رواية النقض لا فرق بين العامد وغيره وبه قال الأوزاعي والشافعي وإسحاق، وأبو أيوب وأبو خيثمة لعموم الخبر، وعن أحمد: لا ينتقض الوضوء إلا بمسه قاصدا مسه.

قال أحمد بن الحسين: قيل لأحمد الوضوء من مس الذكر: فقال: هكذا – وقبض على يده – يعني إذا قبض عليه، وهذا قول مكحول وطاوس وسعيد بن جبير، وحميد الطويل قالوا: إن مسه يريد وضوءا وإلا فلا شيء عليه؛ لأنه لمس، فلا ينقض الوضوء من غير قصد كلمس النساء.

(٢٥٠) فصل: ولا فرق بين بطن الكف وظهره. وهذا قول عطاء والأوزاعي وقال مالك والليث." [١]

"وجملته أن الخارج من البدن من غير السبيل ينقسم قسمين: طاهرا ونجسا؛ فالطاهر لا ينقض الوضوء على حال ما، والنجس ينقض الوضوء في الجملة، رواية واحدة. روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وعلقمة وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق، وأصحاب الرأي. وكان مالك وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر، لا يوجبون منه وضوءا، وقال مكحول: لا وضوء إلا فيما خرج من قبل أو دبر؛ لأنه خارج من غير المخرج، مع بقاء المخرج، فلم يتعلق به نقض الطهارة، كالبصاق ولأنه لا نص فيه، ولا يمكن قياسه على محل النص، وهو الخارج من السبيلين، لكون الحكم فيه غير معلل ولأنه لا يفترق الحال بين قليله وكثيره، وطاهره ونجسه؛ وها هنا بخلافه، فامتنع ال قياس.

ولنا: ما روى أبو الدرداء: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قاء فتوضأ، فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فذكرت له ذلك فقال ثوبان: صدق، أنا صببت له وضوءه.» رواه الأثرم والترمذي، وقال: هذا أصح شيء

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٢/١

في هذا الباب قيل لأحمد: حديث ثوبان ثبت عندك؟ قال: نعم. وروى الخلال بإسناده، عن ابن جريج، عن أبيه، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " إذا قلس أحدكم فليتوضأ " قال ابن جريج: وحدثني ابن أبي مليكة، عن عائشة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مثل ذلك وأيضا فإنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم، فيكون إجماعا؛ ولأنه خارج يلحقه حكم التطهير، فنقض الوضوء كالخارج من السبيل. و قياسهم منقوض بما إذا انفتح مخرج دون المعدة.

(٢٦٠) فصل: وإنما ينتقض الوضوء بالكثير من ذلك دون اليسير، وقال بعض أصحابنا: فيه رواية أخرى، أن اليسير ينقض. ولا نعرف هذه الرواية، ولم يذكرها الخلال في " جامعه " إلا في القلس، واطرحها وقال القاضي: لا ينقض، رواية واحدة. وهو المشهور عن الصحابة، – رضي الله عنهم –. قال ابن عباس في الدم: إذا كان فاحشا فعليه الإعادة. وابن أبي أوفى بزق دما ثم قام فصلى. وابن عمر عصر بثرة فخرج دم، وصلى، ولم يتوضأ. قال أبو عبد الله: عدة من الصحابة تكلموا فيه وأبو هريرة كان يدخل أصابعه في أنفه، وابن عمر عصر بثرة وابن أبي أوفى عصر دملا وابن عباس قال: إذا كان فاحشا. وجابر أدخل أصابعه في أنفه، وابن المسيب أدخل أصابعه العشرة في أنفه، وأخرجها متلطخة بالدم. يعني: وهو في الصلاة. وقال أبو حنيفة: إذا سال الدم ففيه الوضوء، وإن وقف على رأس الجرح، لم يجب؛ لعموم قوله – عليه السلام – : «من قاء أو رعف في صلاته فليتوضأ.» ولنا ما روينا عن الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا. وقد روى الدارقطني، بإسناده، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –." (١)

"الثالث: أنه خرج جوابا لسؤال السائل عن حكم الوضوء من لحومها، والصلاة في مباركها فلا يفهم من ذلك سوى الوضوء المراد للصلاة.

الرابع: أنه لو أراد غسل اليد لما فرق بينه وبين لحم الغنم؛ فإن غسل اليد منهما مستحب ولهذا قال: " من بات وفي يده ريح غمر فأصابه شيء، فلا يلومن إلا نفسه ". وما ذكره من زيادة الزهومة فأمر يسير، لا يقتضي التفريق. والله أعلم.

ثم لا بد من دليل نصرف به اللفظ عن ظاهره ويجب أن يكون الدليل له من القوة بقدر قوة الظواهر المتروكة، وأقوى منها، وليس لهم دليل، و قياسهم فاسد؛ فإنه طردي لا معنى فيه، وانتفاء الحكم في سائر المأكولات لانتفاء المقتضي، لا لكونه مأكولا، فلا أثر لكونه مأكولا، ووجوده كعدمه.

ومن العجب أن مخالفينا في هذه المسألة، أوجبوا الوضوء بأحاديث ضعيفة تخالف الأصول؛ فأبو حنيفة

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٦/١

أوجبه بالقهقهة في الصلاة دون خارجها، بحديث من مراسيل أبي العالية ومالك والشافعي أوجباه بمس الذكر، بحديث مختلف فيه، معارض بمثله دون مس بقية الأعضاء، وتركوا هذا الحديث الصحيح الذي لا معارض له، مع بعده عن التأويل، وقوة الدلالة فيه، لمخالفته ل قياس طردي.

[فصل شرب لبن الإبل]

(٢٦٦) فصل: وفي شرب لبن الإبل روايتان: إحداهما ينقض الوضوء؛ لما روى أسيد بن حضير، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «توضئوا من لحوم الإبل وألبانها» رواه الإمام أحمد في المسند وفي لفظ: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – سئل عن ألبان الإبل، فقال: توضئوا من ألبانها " وسئل عن ألبان الغنم، فقال: " لا تتوضئوا من ألبانها ". رواه ابن ماجه، وروي نحوه عن عبد الله بن عمرو. والثانية، لا وضوء فيه؛ لأن الحديث الصحيح إنما ورد في اللحم.

وقولهم: فيه حديثان صحيحان. يدل على أنه لا صحيح فيه سواهما، والحكم هاهنا غير معقول، فيجب الاقتصار على مورد النص فيه. وفيما سوى اللحم من أجزاء البعير، من كبده، وطحاله وسنامه، ودهنه، ومرقه، وكرشه، ومصرانه، وجهان: أحدهما، لا ينقض؛ لأن النص لم يتناوله." [(١)]

"لنا، أنه لم يلمس جسم المرأة؛ فأشبه ما لو لمس ثيابها، والشهوة بمجردها لا تكفي، كما لو مس رجلا بشهوة، أو وجدت الشهوة من غير لمس.

(٢٧٣) فصل: وإن لمست امرأة رجلا، ووجدت الشهوة منهما، فظاهر كلام الخرقي نقض وضوئهما، بملاقاة بشرتهما.

وقد سئل أحمد عن المرأة إذا مست زوجها؟ قال: ما سمعت فيه شيئا، ولكن هي شقيقة الرجل. يعجبني أن تتوضأ؛ لأن المرأة أحد المشتركين في اللمس، فهي كالرجل. وينتقض وضوء الملموس إذا وجدت منه الشهوة؛ لأن ما ينتقض بالتقاء البشرتين، لا فرق فيه بين اللامس والملموس، كالتقاء الختانين. وفيه رواية أخرى: لا ينتقض وضوء المرأة، ولا وضوء الملموس وللشافعي قولان كالروايتين. ووجه عدم النقض أن النص إنما ورد بالنقض بملامسة النساء، فيتناول اللامس من الرجال، فيختص به النقض، كلمس الفرج؛ ولأن المرأة والملموس لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص؛ لأن اللمس من الرجل مع الشهوة مظنة لخروج المذي الناقض، فأقيم مقامه، ولا يوجد ذلك في حق المرأة، والشهوة من اللامس أشد منها في الملموس،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٤٠

وأدعى إلى الخروج، فلا يصح ال قياس عليهما، وإذا امتنع النص وال قياس لم يثبت الدليل.

(٢٧٤) فصل: ولا ينتقض الوضوء بلمس عضو مقطوع من المرأة؛ لزوال الاسم، وخروجه عن أن يكون محلا للشهوة ولا بمس رجل ولا صبي، ولا بمس المرأة المرأة؛ لأنه ليس بداخل في الآية؛ ولا هو في معنى ما في الآية؛ لأن المرأة محل لشهوة الرجل شرعا وطبعا، وهذا بخلافه.

ولا بمس البهيمة؛ لذلك. ولا بمس خنثى مشكل؛ لأنه لا يعلم كونه رجلا ولا امرأة. ولا بمس الخنثى لرجل أو امرأة؛ لذلك، والأصل الطهارة، فلا تزول بالشك ولا أعلم في هذا كله خلافا، والله أعلم.

[مسألة تيقن الطهارة وشك في الحدث]

(٢٧٥) مسألة: قال: ومن تيقن الطهارة وشك في الحدث، أو تيقن الحدث وشك في الطهارة، فهو على ما تيقن منهما يعني: إذا علم أنه توضأ، وشك هل أحدث، أو لا، بنى على أنه متطهر. وإن كان محدثا فشك؛ هل توضأ، أو لا، فهو محدث. يبني في الحالتين على ما علمه قبل الشك، ويلغي الشك. وبهذا قال الثوري." [١]

"وكذلك إن كان انتشر من أول الليل بتذكر أو رؤية، لا غسل عليه. وهو قول الحسن؛ لأنه مشكوك فيه، يحتمل أنه مذي، وقد وجد سببه، فلا يوجب الغسل مع الشك. وإن لم يكن وجد ذلك، فعليه الغسل؛ لخبر عائشة؛ لأن الظاهر أنه احتلام. وقد توقف أحمد في هذه المسألة في مواضع. وقال مجاهد وقتادة: لا غسل عليه حتى يوقن الدافق. قال قتادة: يشمه. وهذا هو ال قياس؛ ولأن اليقين بقاء الطهارة، فلا يزول بالشك. والأولى الاغتسال؛ لموافقة الخبر، وإزالة الشك.

[فصل رأى في ثوبه منيا وكان مما لا ينام فيه غيره]

(٢٨٤) فصل: فإن رأى في ثوبه منيا، وكان مما لا ينام فيه غيره، فعليه الغسل؛ لأن عمر وعثمان اغتسلا حين رأياه في ثوبهما؛ ولأنه لا يحتمل أن يكون إلا منه، ويعيد الصلاة من أحدث نومة نامها فيه إلا أن يرى أمارة تدل على أنه قبلها فيعيد من أدنى نومة يحتمل أنه منها. وإن كان الرائي له غلاما يمكن وجود المني منه، كابن اثنتي عشرة سنة، فهو كالرجل؛ لأنه وجد دليله، وهو محتمل للوجود.

وإن كان أقل من ذلك، فلا غسل عليه؛ لأنه لا يحتمل، فيتعين، حمله على أنه من غيره. فأما إن وجد

(١) المغني لابن قدامة ١/١٤٤

الرجل منيا في ثوب ينام فيه هو وغيره ممن يحتلم، فلا غسل على واحد منهما؛ لأن كل واحد منهما بالنظر إليه مفردا يحتمل أن لا يكون منه، فوجوب الغسل عليه مشكوك فيه، وليس لأحدهما أن يأثم بصاحبه؛ لأن أحدهما جنب يقينا، فلا تصح صلاتهما، كما لو سمع كل واحد منهما صوت ريح، يظن أنها من صاحبه، أو لا يدري من أيهما هي.

[فصل وطئ امرأته دون الفرج فدب ماؤه إلى فرجها ثم خرج]

(٢٨٥) فصل: إذا وطئ امرأته دون الفرج، فدب ماؤه إلى فرجها ثم خرج، أو وطئها في الفرج، فاغتسلت، ثم خرج ماء الرجل من فرجها، فلا غسل عليها. وبهذا قال قتادة والأوزاعي وإسحاق. وقال الحسن: تغتسل؛ لأنه مني خرج فأشبه ماءها. والأول أولى؛ لأنه ليس منيها، فأشبه غير المني.

[مسألة التقاء الختانين]

(٢٨٦) مسألة: قال: (والتقاء الختانين) يعني: تغييب الحشفة في الفرج، فإن هذا هو الموجب للغسل، سواء كانا مختتنين أو لا، وسواء أصاب موضع الختان منه موضع ختانها أو لم يصبه. ولو مس الختان الختان من غير إيلاج فلا غسل بالاتفاق واتفق الفقهاء على وجوب الغسل في هذه المسألة، إلا ما حكي عن داود أنه قال: لا يجب؛ لقوله – عليه السلام – «الماء من الماء» وكان جماعة من الصحابة – رضي الله عنهم –، يقولون: لا غسل على." [١]

"بقدر الحشفة، وجب الغسل، وتعلقت، به أحكام الوطء؛ من المهر وغيره. وإن كان أقل من ذلك، لم يجب شيء

[فصل أولج في قبل خنثى مشكل]

(٢٨٩) فصل: فإن أولج في قبل خنثى مشكل، أو أولج الخنثى ذكره في فرج، أو وطئ أحدهما الآخر في قبله، فلا غسل على واحد منهما؛ لأنه يحتمل أن تكون خلقة زائدة. فإن أنزل الواطئ أو أنزل الموطوء من قبله، فعلى من أنزل الغسل. ويثبت لمن أنزل من ذكره حكم الرجال، ولمن أنزل من قبله حكم النساء؛ لأن الله تعالى أجرى العادة بذلك في حق الرجال والنساء.

وذكر القاضي في موضع، أنه لا يحكم له بالذكورية بالإنزال من ذكره، ولا بالأنوثية بالحيض من فرجه، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٤٩

بالبلوغ بهذا. ولنا أنه أمر خص الله تعالى به أحد الصنفين، فكان دليلا عليه، كالبول من ذكره أو من قبله؛ ولأنه أنزل الماء الدافق لشهوة فوجب عليه الغسل؛ لقوله – عليه السلام –: " الماء من الماء ". وبال قياس على من تثبت له الذكورية أو الأنوثية.

[فصل كان الواطئ أو الموطوء صغيرا فهل عليهما غسل]

(٢٩٠) فصل: فإن كان الواطئ أو الموطوء صغيرا، فقال أحمد يجب عليهما الغسل. وقال: إذا أتى على الصبية تسع سنين، ومثلها يوطأ، وجب عليها الغسل. وسئل عن الغلام يجامع مثله ولم يبلغ، فجامع المرأة، يكون عليهما جميعا الغسل؟ قال: نعم. قيل له: أنزل أو لم ينزل؟ قال: نعم. وقال: ترى عائشة حين كان يطؤها النبي – صلى الله عليه وسلم – لم تكن تغتسل، ويروى عنها: " إذا التقى الختانان وجب الغسل ". وحمل القاضي كلام أحمد على الاستحباب. وهو قول أصحاب الرأي وأبي ثور؛ لأن الصغيرة لا يتعلق بها المأثم، ولا هي من أهل التكليف. ولا تجب عليها الصلاة التي تجب الطهارة لها، فأشبهت الحائض. ولا يصح حمل كلام أحمد على الاستحباب؛ لتصريحه بالوجوب، وذمه قول أصحاب الرأي وقوله:." (١)

"مبطل للصلاة. والمبطل إنما هو الحدث الخارج، لكن عفي عنه للضرورة، فإذا انقطع الدم زالت الضرورة، فظهر حكم الحدث حينئذ وأضيف الحكم إلى الانقطاع؛ لظهوره عنده.

ولا خلاف في وجوب الغسل بالحيض والنفاس، وقد أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بالغسل من الحيض في أحاديث، كثيرة «، فقال لفاطمة بنت أبي حبيش دعي الصلاة قدر الأيام التي كنت تحيضين فيها، ثم اغتسلي وصلي» متفق عليه وأمر به في حديث أم سلمة، وحديث عدي بن ثابت، عن أبيه، عن جده، رواهما أبو داود، وغيره، وأمر به في حديث أم حبيبة، وسهلة بنت سهيل، وحمنة بنت جحش، وغيرهن، وقد قيل في قول الله تعالى ﴿فإذا تطهرن فأتوهن﴾ [البقرة: ٢٢٢] يعني: إذا اغتسلن. منع الزوج وطأها قبل الغسل، فدل على وجوبه عليها.

والنفاس كالحيض سواء؛ فإن دم النفاس هو دم الحيض، وإنما كان في مدة الحمل ينصرف إلى غذاء الولد، فحين خرج الولد خرج الدم لعدم مصرفه، وسمي نفاسا

[فصل الولادة إذا عريت عن دم]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٥١

(٢٩٥) فصل: فأما الولادة إذا عريت عن دم، فلا يجب فيها الغسل، في ظاهر كلام الخرقي. وقال غيره: فيها وجهان؛ أحدهما يجب الغسل بها؛ لأنها مظنة للنفاس الموجب، فقامت مقامه في الإيجاب، كالتقاء الختانين؛ ولأنها يستبرأ بها الرحم أشبهت الحيض. ولأصحاب الشافعي وجهان كالوجهين. والأول الصحيح؛ فإن الوجوب بالشرع، ولم يرد بالغسل هاهنا، ولا هو في معنى المنصوص، فإنه ليس بدم ولا مني؛ وإنما ورد الشرع بالإيجاب بهذين الشيئين.

وقولهم: إنه مظنة. قلنا: المظان إنما يعلم جعلها مظنة بنص أو إجماع، ولا نص في هذا ولا إجماع، وال قياس الآخر مجرد طرد لا معنى تحته، ثم قد اختلفا في أكثر الأحكام، فليس تشبيهه به في هذا الحكم أولى من مخالفته في سائر الأحكام.

[فصل إذا كان على الحائض جنابة]

(٢٩٦) فصل: إذا كان على الحائض جنابة، فليس عليها أن تغتسل حتى ينقطع حيضه ا. نص عليه أحمد، وهو قول إسحاق؛ وذلك لأن الغسل لا يفيد شيئا من الأحكام، فإن اغتسلت للجنابة في زمن حيضها، صح غسلها، وزال حكم الجنابة. نص عليه أحمد، وقال: تزول الجنابة، والحيض لا يزول حتى ينقطع الدم. قال: ولا أعلم أحدا قال: لا تغتسل. إلا عطاء، فإنه قال: الحيض أكبر. قال: ثم نزل عن ذلك، وقال: تغتسل. وهذا لأن أحد الحدثين لا يمنع ارتفاع الآخر، كما لو اغتسل المحدث الحدث الأصغر.

[فصل الغسل من غسل الميت]

(٢٩٧) فصل: ولا يجب الغسل من غسل الميت. وبه قال ابن عباس وابن عمر وعائشة والحسن والنخعي." (١)

"وإن انقطع حيض المرأة ولم تغتسل، فهي كالجنب، فيما ذكرنا من التفصيل. وقد اختلف عن أحمد في هذا فقال في موضع، في الجنب والحائض يغمس يده في الإناء: إذا كانا نظيفين، فلا بأس به.

وقال في موضع آخر: كنت لا أرى به بأسا، ثم حدثت عن شعبة، عن محارب بن دثار، عن ابن عمر، وكأني تهيبته. وسئل عن جنب وضع له ماء فأدخل يده ينظر حره من برده؟ قال: إن كان إصبعا فأرجو أن لا يكون به بأس، وإن كانت اليد أجمع فكأنه كرهه. وسئل عن الرجل يدخل الحمام، وليس معه أحد، ولا ما يصب به على يده، أترى له أن يأخذ بفمه؟ قال: لا، يده وفمه واحد. و قياس المذهب ما ذكرناه،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٥٤

وكلام أحمد محمول على الكراهة المجردة؛ لما فيه من الخلاف. وقال أبو يوسف: إن أدخل الجنب يده في الماء لم يفسد، وإن أدخل رجله فسد؛ لأن الجنب نجس، وعفي عن يده لموضع الحاجة.

وكره النخعي الوضوء بسؤر الحائض. وقال جابر بن زيد. لا يتوضأ به للصلاة. وأكثر أهل العلم لا يرون بسؤرها بأسا؛ منهم الحسن ومجاهد والزهري ومالك والأوزاعي والثوري والشافعي وأبو عبيد. وقد دللنا على طهارة الجنب والحائض، والتفريق بين اليد والرجل لا يصح؛ لأنهما استويا فيما إذا أصابتهما نجاسة، فاستويا في الجنابة، ويحتمل أن نقول به؛ لأن اليد يراد بها الاغتراف وقصده هو المانع من جعل الماء مستعملا، وهذا لا يوجد في الرجل؛ لأنها لا يغترف بها، فكان غمسها بعد إرادة الغسل استعمالا للماء. والله أعلم

[مسألة لا يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة]

(٣٠١) مسألة: قال: (ولا يتوضأ الرجل بفضل طهور المرأة إذا خلت بالماء) اختلفت الرواية عن أحمد، - رحمه الله -، في وضوء الرجل بفضل وضوء المرأة إذا خلت به، والمشهور عنه: أنه لا يجوز ذلك. وهو قول عبد الله بن سرجس والحسن وغنيم بن قيس وهو قول ابن عمر في الحائض والجنب. قال أحمد: قد كرهه غير واحد من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - وأما إذا كان جميعا فلا بأس.

والثانية، يجوز الوضوء به للرجال والنساء. اختارها ابن عقيل وهو قول أكثر أهل العلم؛ لما روى مسلم في صحيحه قال: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يغتسل بفضل وضوء ميمونة وقالت ميمونة: اغتسلت من جفنة، ففضلت فيها فضلة، فجاء النبي - صلى الله عليه وسلم - يغتسل، فقلت: إني قد اغتسلت منه، فقال: الماء ليس على جنابة» ولأنه ماء طهور، جاز للمرأة الوضوء به، فجاز للرجل كفضل الرجل.." [١]

"التي يخرج إليها من عمل قرية أخرى، فلا إعادة عليه، وجها واحدا؛ لأنه مسافر.

[مسألة دخل وقت الصلاة وطلب الماء فأعوزه]

(٣٣٣) مسألة: قال: (إذا دخل وقت الصلاة وطلب الماء فأعوزه) هذه ثلاثة شروط لصحة التيمم: أحدها دخول وقت الصلاة. فإن كانت الصلاة مكتوبة مؤداة لم يجز التيمم قبل دخول وقتها. وإن كانت نافلة لم يجز التيمم لها في وقت نهي عن فعلها فيه؛ لأنه ليس بوقت لها. وإن كانت فائتة جاز التيمم له في كل وقت؛ لأن فعلها جائز في كل وقت. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يصح التيمم قبل وقت

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٧/١

الصلاة؛ لأنها طهارة تبيح الصلاة، فأبيح تقديمها على وقت الصلاة، كسائر الطهارات. وروي عن أحمد، أنه قال: ال قياس أن التيمم بمنزلة الطهارة حتى يجد الماء، أو يحدث. فعلى هذا يجوز قبل الوقت.

والمذهب الأول؛ لأنه طهارة ضرورة، فلم يجز قبل الوقت كطهارة المستحاضة، أو نقول: يتيمم للفرض في وقت هو مستغن عنه، فأشبه ما لو تيمم عند وجود الماء. و قياسهم ينتقض بطهارة المستحاضة، ويفارق التيمم سائر الطهارات؛ لكونها ليست لضرورة. الشرط الثاني طلب الماء، وهذا الشرط وإعواز الماء إنما يشترط لمن يتيمم لعذر عدم الماء. والمشهور عن أحمد اشتراط طلب الماء لصحة التيمم. وهو مذهب الشافعي. وروي عن أحمد: لا يشترط الطلب. وهو مذهب أبي حنيفة؛ «لقوله – عليه السلام –: التراب كافيك ما لم تجد الماء» . ولأنه غير عالم بوجود الماء قريبا منه، فأشبه ما لو طلب فلم يجد.

ولنا قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة: ٦] ، ولا يثبت أنه غير واجد إلا بعد الطلب؛ لجواز أن يكون بقربه ماء لا يعلمه ولذلك لما أمر في الظهار بتحرير رقبة، قال: (فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) لم يبح له الصيام حتى يطلب الرقبة، ولم يعد قبل ذلك غير واجد؛ ولأنه سبب للصلاة مختص بها، فلزمه الاجتهاد في طلبه عند الإعواز، كالقبلة.

(٣٣٤) فصل: وصفة الطلب أن يطلب في رحله، ثم إن رأى خضرة أو شيئا يدل على الماء قصده فاستبرأه، وإن كان بقربه ربوة أو شيء قائم أتاه وطلب عنده، وإن لم يكن نظر أمامه ووراءه، وعن يمينه ويساره، وإن كانت له رفقة يدل عليهم طلب منهم، وإن وجد من له خبرة بالمكان سأله عن مياهه، فإن لم يجد فهو عادم. وإن دل على ماء لزمه قصده إن كان قريبا، ما لم يخف على نفسه أو ماله، أو يخشى فوات رفقته، ولم يفت الوقت.

وهذا مذهب الشافعي (٣٣٥) فصل: فإن طلب الماء قبل الوقت، فعليه إعادة الطلب بعده. قاله ابن عقيل؛ لأنه طلب قبل المخاطبة بالتيمم،." (١)

"أحدها، أن عمارا الراوي له الحاكي لفعل النبي – صلى الله عليه وسلم – أفتى بعد النبي – صلى الله عليه وسلم – في التيمم للوجه والكفين عملا بالحديث. وقد شاهد فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – والفعل لا احتمال فيه.

والثاني أنه قال ضربة واحدة، وهم يقولون ضربتان. والثالث أننا لا نعرف في اللغة التعبير بالكفين عن الذراعين.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٧٤

والرابع أن الجمع بين الخبرين بما ذكرناه من أن كل واحد من الفعلين جائز أقرب من تأويلهم وأسهل، و قياسهم ينتقض بالتيمم عن الغسل الواجب، فإنه ينقص عن المبدل، وكذلك في الوضوء، فإنه في أربعة أعضاء، والتيمم في عضوين، وكذا نقول في الوجه، فإنه لا يجب مسح ما تحت الشعور الخفيفة، ولا المضمضة والاستنشاق.

[فصل التيمم بضربة واحدة وبضربتين]

(٣٤٩) فصل: ولا يختلف المذهب أنه يجزئ التيمم بضربة واحدة وبضربتين، وإن تيمم بأكثر من ضربتين جاز أيضا؛ لأن المقصود إيصال التراب إلى محل الفرض، فكيفما حصل جاز، كالوضوء

[فصل وصل التراب إلى وجهه ويديه بغير ضرب]

(٣٥٠) فصل: فإن وصل التراب إلى وجهه ويديه بغير ضرب، نحو أن ينسف الريح عليه غبارا يعمه، فإن كان قصد ذلك، وأحضر النية، احتمل أن يجزئه، كما لو صمد للمطر حتى جرى على أعضائه. والصحيح أنه لا يجزئه؛ لأنه لم يمسح به، وقد أمر الله تعالى بالمسح به. فإن مسح وجهه بما على وجهه، احتمل أن يجزئه؛ لأنه مسح بالتراب، واحتمل أن لا يجزئه؛ لأن الله تعالى أمر بقصد الصعيد والمسح به، ولم يأخذ الصعيد. وإن لم يكن قصد الريح، ولا صمد لها، فأخذ غير ما على وجهه، فمسح به وجهه، جاز. وإن أمر ما على وجهه، منه على وجهه، لم يجزه؛ لأنه لم يأخذ التراب لوجهه

[فصل علا على يد المتيمم تراب كثير]

(٣٥١) فصل: إذا علا على يديه تراب كثير، لم يكره نفخه؛ فإن في حديث عمار «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ضرب بكفيه." [١]

"[فصل التيمم بالطين]

(٣٥٧) فصل: إذا كان في طين لا يجد ترابا، فحكي عن ابن عباس أنه قال: يأخذ الطين، فيطلي به جسده. فإذا جف تيمم به. وإن خاف فوات الوقت قبل جفافه، فهو كالعادم. ويحتمل أنه إن كان يجف قريبا انتظر جفافه، وإن فات الوقت؛ لأنه كطالب الماء القريب، والمشتغل بتحصيله من بئر ونحوه. وإن لطخ وجهه بطين، لم يجزه؛ لأنه لم يقع عليه اسم الصعيد؛ ولأنه لا غبار فيه، أشبه التراب الندي.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٨١

[فصل صلاة فاقد الطهورين]

(٣٥٨) فصل: وإن عدم بكل حال صلى على حسب حاله. وهذا قول الشافعي، وقال أبو حنيفة، والثوري، والأوزاعي: لا يصلي حتى يقدر، ثم يقضي؛ لأنها عبادة لا تسقط القضاء، فلم تكن واجبة، كصيام الحائض. وقال مالك: لا يصلي ولا يقضي؛ لأنه عجز عن الطهارة، فلم تجب عليه الصلاة، كالحائض. وقال ابن عبد البر: هذه رواية منكرة عن مالك. وذكر عن أصحابه قولين: أحدهما كقول أبي حنيفة، والثاني يصلي على حسب حاله، ويعيد. ولنا ما روى مسلم في " صحيحه " «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – بعث أناسا لطلب قلادة أضلتها عائشة، فحضرت الصلاة، فصلوا بغير وضوء، فأتوا النبي – صلى الله عليه وسلم – فذكروا ذلك له، فنزلت آية التيمم. ولم ينكر النبي – صلى الله عليه وسلم – ذلك، ولا أمرهم، بإعادة» . فدل على أنها غير واجبة؛ ولأن الطهارة شرط، فلم تؤخر الصلاة عند عدمها، كالسترة واستقبال القبلة. وإذا ثبت هذا، فإذا صلى على حسب حاله، ثم وجد الماء أو التراب، لم يلزمه إعادة الصلاة في إحدى الروايتين، والأخرى عليه الإعادة. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه فقد شرط الصلاة، أشبه ما لو صلى بالنجاسة.

والصحيح الأول؛ لما ذكرنا من الخبر؛ ولأنه أتى بما أمر، فخرج عن عهدته؛ لأنه شرط من شرائط الصلاة فيسقط عند العجز عنه، كسائر شروطها وأركانها؛ ولأنه أدى فرضه على حسبه، فلم يلزمه الإعادة، كالعاجز عن السترة إذا صلى عريانا، والعاجز عن الاستقبال إذا صلى إلى غيرها، والعاجز عن القيام إذا صلى جالسا، و قياس أبي حنيفة على الحائض في تأخير الصيام لا يصح؛ لأن الصوم يدخله التأخير، بخلاف الصلاة، بدليل أن المسافر يؤخر الصوم دون الصلاة؛ ولأن عدم الماء لو قام مقام الحيض لأسقط الصلاة بالكلية؛ ولأن قياس الصلاة على الصلاة أولى من قياسها على الصيام، وأما قياس مالك فلا يصح «؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» .

و قياس الطهارة على سائر شرائط الصلاة أولى من قياسها على الحائض، فإن الحيض أمر معتاد يتكرر عادة، والعجز هاهنا عذر نادر غير." (١)

"معتاد، فلا يصح قياسه على الحيض؛ ولأن هذا عذر نادر فلم يسقط الفرض، كنسيان الصلاة وفقد سائر الشروط. والله تعالى أعلم

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٨٤

[مسألة التيمم لا يصح إلا بنية]

(٣٥٩) مسألة: قال: (وينوي به المكتوبة) لا نعلم خلافا في أن التيمم لا يصح إلا بنية، غير ما حكي عن الأوزاعي، والحسن بن صالح أنه يصح بغير نية. وسائر أهل العلم على إيجاب النية فيه. وممن قال ذلك: ربيعة، ومالك، والليث، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي؛ وذلك لما ذكرنا في الوضوء، وينوي استباحة الصلاة. فإن نوى رفع الحدث لم يصح؛ لأنه لا يرفع الحدث. قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن طهارة التيمم لا ترفع الحدث إذا وجد الماء، بل متى وجده أعاد الطهارة، جنبا كان أو محدثا. وهذا مذهب مالك، والشافعي، وغيرهما، وحكي عن أبي حنيفة أنه يرفع الحدث؛ لأنه طهارة عن حدث يبيح الصلاة، فيرفع الحدث، كطهارة الماء.

ولنا أنه لو وجد الماء لزمه استعماله لرفع الحدث الذي كان قبل التيمم، إن كان جنبا، أو محدثا، أو امرأة حائضا، ولو رفع الحدث لاستوى الجميع؛ لاستوائهم في الوجدان؛ ولأنها طهارة ضرورة، فلم ترفع الحدث كطهارة المستحاضة، وبهذا فارق الماء. إذا ثبت هذا، فإنه إن نوى بتيممه فريضة، فله أن يصلي ما شاء من الفرض والنفل، سواء نوى فريضة معينة أو مطلقة. فإن نوى نفلا أو صلاة مطلقة، لم يجز أن يصلي به إلا نافلة. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: له أن يصلي ما شاء؛ لأنها طهارة يصح بها النفل، فصح بها الفرض، كطهارة الماء. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» . وهذا لم ينوي الفرض، فلا يكون له، وفارق طهارة الماء؛ لأنها ترفع الحدث المانع من فعل الصلاة، فيباح له جميع ما يمنعه الحدث.

ولا يلزم استباحة النفل بنية الفرض؛ لأن الفرض أعلى ما في الباب، فنيته تضمنت نية ما دونه، وإذا استباحه استباح ما دونه تبعا.

[فصل إذا نوى الفرض استباح كل ما يباح بالتيمم من النفل قبل الفرض وبعده]

(٣٦٠) فصل: إذا نوى الفرض استباح كل ما يباح بالتيمم من النفل، قبل الفرض وبعده، وقراءة القرآن، ومس المصحف، واللبث في المسجد. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي: وقال مالك: لا يتطوع قبل الفريضة بصلاة غير راتبة. وحكي نحوه عن أحمد؛ لأن النفل تبع للفرض، فلا يتقدم المتبوع. ولنا أنه تطوع، فأبيح له فعله إذا نوى الفرض، كالسنن الراتبة وكما بعد الفرض.." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٨٥

"قلنا: إذا كان عن جملة الطهارة، فالحكم له دونها، وإن كان عن بعضها، ناب عن ذلك البعض، فاعتبر فيه ما يعتبر فيما ينوب عنه من الترتيب. ويحتمل أن لا يجب هذا الترتيب؛ لأن التيمم طهارة مفردة، فلا يجب الترتيب بينها وبين الطهارة الأخرى، كما لو كان الجريح جنبا؛ ولأنه تيمم عن الحدث الأصغر، فلم يجب أن يتيمم عن كل عضو في موضع غسله، كما لو تيمم عن جملة الوضوء؛ ولأن في هذا حرجا وضررا، فيندفع بقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] . وحكى الماوردي، عن مذهب الشافعي مثل هذا. وحكى ابن الصباغ عنه مثل القول الأول.

[فصل تيمم الجريح لجرح في بعض أعضائه ثم خرج الوقت]

(٣٧٣) وإن تيمم الجريح لجرح في بعض أعضائه، ثم خرج الوقت، بطل تيممه، ولم تبطل طهارته بالماء إن كانت غسلا لجنابة أو نحوها؛ لأن الترتيب والموالاة غير واجبين فيها. وإن كانت وضوءا، وكان الجرح في وجهه، خرج بطلان الوضوء على الوجهين اللذين في الفصل الذي قبل هذا؛ فمن أوجب الترتيب أبطل الوضوء هاهنا؛ لأن طهارة العضو الذي ناب التيمم عنه بطلت، فلو لم يبطل فيما بعده لتقدمت طهارة ما بعده عليه، فيفوت الترتيب. [ومن] لم يوجب الترتيب لم يبطل الوضوء، وجوز له أن يتيمم لا غير. وإن كان الجرح في إحدى رجليه، أو فيهما، فعلى قول من لا يوجب الترتيب بين الوضوء والتيمم، لا تجب الموالاة بينهما أيضا، وعليه التيمم وحده. ومن أوجب الترتيب، ف قياس قوله: أن يكون في الموالاة وجهان، بناء على الموالاة في الوضوء، وفيها روايتان؛ إحداهما، تجب، فتجب هاهنا، ويبطل الوضوء لفواتها.

والثانية لا تجب، فيكفيه التيمم وحده. ويحتمل أن لا تجب الموالاة بين الوضوء والتيمم، وجها واحدا؛ لأنهما طهارتان، فلم تجب المولاة بينهما، كسائر الطهارات؛ ولأن في إيجابها حرجا، فينتفي بقوله سبحانه: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] .

[فصل خاف من شدة البرد وأمكنه أن يسخن الماء]

(٣٧٤) فصل: وإن خاف من شدة البرد، وأمكنه أن يسخن الماء، أو يستعمله على وجه يأمن الضرر، مثل أن يغسل عضوا عضوا، وكلما غسل شيئا ستره، لزمه ذلك. وإن لم يقدر، تيمم وصلى في قول أكثر أهل العلم. وقال عطاء، والحسن: يغتسل، وإن مات، لم يجعل الله له عذرا. ومقتضى قول ابن مسعود: أنه لا يتيمم؛ فإنه قال: لو رخصنا لهم في هذا لأوشك أحدهم إذا برد عليه الماء أن يتيمم ويدعه.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾ [النساء: ٢٩] ، وقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾

[البقرة: ١٩٥] . وروى أبو داود، وأبو بكر الخلال، بإسنادهما «، عن عمرو بن العاص، قال: احتلمت." (١)

"في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل، فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك، فتيممت، ثم صليت بأصحابي الصبح، فذكروا ذلك للنبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: يا عمرو، أصليت بأصحابك، وأنت جنب؟ فأخبرته بالذي منعني من الاغتسال، وقلت: إني سمعت الله عز وجل يقول: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾ [النساء: ٢٩] . فضحك رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، ولم يقل شيئا» . وسكوت النبي – صلى الله عليه وسلم – يدل على الجواز؛ لأنه لا يقر على الخطأ؛ ولأنه خائف على نفسه، فأبيح له التيمم كالجريح والمريض، وكما لو خاف على نفسه عطشا أو لصا أو سبعا في طلب الماء. وإذا تيمم وصلى، فهل يلزمه الإعادة؟ على روايتين: إحداهما، لا يلزمه. وهو قول الثوري، ومالك، وأبي حنيفة، وابن المنذر؛ لحديث عمرو، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يأمره بالإعادة، ولو وجبت لأمره بها؛ ولأنه خائف على نفسه، أشبه المريض؛ ولأنه أتى بما أمر به، فأشبه سائر من يصلي بالتيمم. والثانية يلزمه الإعادة.

وهو قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنه عذر نادر غير متصل، فلم يمنع الإعادة كنسيان الطهارة. والأول أصح. ويفارق نسيان الطهارة؛ لأنه لم يأت بما أمر به، وإنما ظن أنه أتى به، بخلاف مسألتنا. وقال أبو الخطاب: لا إعادة عليه إن كان مسافرا، وإن كان حاضرا فعلى روايتين؛ وذلك لأن الحضر مظنة القدرة على تسخين الماء، ودخول الحمامات، بخلاف السفر، وقال الشافعي: يعيد إن كان حاضرا، وإن كان مسافرا فعلى قولين.

[مسألة قال إذا تيمم صلى الصلاة التي حضر وقتها وصلى به فوائت]

(٣٧٥) مسألة: قال: (وإذا تيمم صلى الصلاة التي حضر وقتها، وصلى به فوائت إن كانت عليه، والتطوع إلى أن يدخل وقت صلاة أخرى) المذهب أن التيمم يبطل بخروج الوقت ودخوله، ولعل الخرقي إنما علق بطلانه، بدخول وقت صلاة أخرى تجوزا منه، إذا كان خروج وقت الصلاة ملازما لدخول وقت الأخرى، إلا في موضع واحد، وهو وقت الفجر، فإنه يخرج منفكا عن دخول وقت الظهر، ويبطل التيمم بكل واحد منهما فلا يجوز أن يصلي به صلاتين في وقتين، روي ذلك عن علي، وابن عمر، وابن عباس، – رضي الله

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٩٢

عنهم -، والشعبي، والنخعي، وقتادة، ويحيى الأنصاري، وربيعة، ومالك، والشافعي، والليث، وإسحاق. وروى الميموني، عن أحمد في المتيمم، قال: إنه ليعجبني أن يتيمم لكل صلاة، ولكن ال قياس أنه بمنزلة الطهارة حتى يجد الماء، أو يحدث؛ لحديث النبي - صلى الله عليه وسلم - في الجنب.

يعني قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: يا أبا ذر، «الصعيد الطيب طهور المسلم، وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجدت الماء فأمسه بشرتك» . وهو مذهب سعيد بن المسيب، والحسن، والزهري، والثوري، وأصحاب الرأي. وروي عن ابن عباس، وأبي جعفر؛ لأنها طهارة تبيح الصلاة، فلم تتقدر بالوقت كطهارة الماء.." (١)

"الخروج، كما لو وجد الرقبة بعد التلبس بالصيام؛ ولأنه غير قادر على استعمال الماء؛ لأن قدرته تتوقف على إبطال الصلاة، وهو منهي عن إبطالها، بقوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ [محمد: ٣٣] ولنا قوله - عليه السلام -: «الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك» . أخرجه أبو داود والنسائي.

دل بمفهومه: على أنه لا يكون طهورا عند وجود الماء، وبمنطوقه على وجوب إمساسه جلده عند وجوده؛ ولأنه قدر على استعمال الماء، فبطل تيممه، كالخارج من الصلاة؛ ولأن التيمم طهارة ضرورة، فبطلت بزوال الضرورة كطهارة المستحاضة إذا انقطع دمها. يحققه أن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما أبيح للمتيمم أن يصلي مع كونه محدثا؛ لضرورة العجز عن الماء، فإذا وجد الماء زالت الضرورة، فظهر حكم الحدث كالأصل، ولا يصح قياسهم؛ فإن الصوم هو البدل نفسه، فنظيره إذا قدر على الماء بعد تيممه، ولا خلاف في بطلانه. ثم الفرق بينهما أن مدة الصيام تطول، فيشق الخروج منه؛ لما فيه من الجمع بين فرضين شاقين، بخلاف مسألتنا.

وقولهم: إنه غير قادر غير صحيح فإن الماء قريب، وآلته صحيحة، والموانع منتفية، وقولهم: إنه منهي عن إبطال الصلاة. قلنا: لا يحتاج إلى إبطال الصلاة، بل هي تبطل بزوال الطهارة، كما في نظائرها. فإذا ثبت هذا، فمتى خرج فتوضأ لزمه استئناف الصلاة. وقيل: فيه وجه آخر، أنه يبنى على ما مضى منها، كالذي سبقه الحدث. والصحيح أنه لا يبني؛ لأن الطهارة شرط، وقد فاتت ببطلان التيمم، فلا يجوز بقاء الصلاة مع فوات شرطها، ولا يجوز بقاء ما مضى صحيحا مع خروجه منها قبل إتمامها. وكذا نقول فيمن سبقه الحدث وإن سلمنا، فالفرق بينهما أن ما مضى من الصلاة انبنى على طهارة ضعيفة هاهنا، فلم يكن له

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٣/١

البناء عليه، كطهارة المستحاضة، بخلاف من سبقه الحدث.

[فصل المصلي بغير وضوء ولا تيمم إذا وجد ماء في الصلاة أو ترابا]

(٣٨٤) فصل: والمصلي على حسب حاله بغير وضوء، ولا تيمم، إذا وجد ماء في الصلاة، أو ترابا خرج منها بكل حال؛ لأنها صلاة بغير طهارة. ويحتمل أن يخرج فيها مثل ما في التيمم إذا وجد الماء؛ إذا قلنا إنه لا تلزمه الإعادة؛ ولأن الطهارة شرط سقط اعتباره، فأشبهت السترة إذا عجز عنها، فصلى عريانا، ثم وجد السترة في أثناء الصلاة قريبا منه، وكل صلاة يلزمه إعادتها، فإنه يلزمه الخروج منها إذا زال العذر، ويلزمه استقبالها. وإن قلنا لا يلزمه إعادتها، فإنها تشبه صلاة المتيمم إذا وجد الماء، على ما مضى من القول فيها

[فصل يمم الميت ثم قدر على الماء في أثناء الصلاة]

(٣٨٥) فصل: ولو يمم الميت، ثم قدر على الماء في أثناء الصلاة عليه، لزمه الخروج؛ لأن غسل الميت ممكن، غير." (١)

"رواه أبو داود؛ ولأنه مسح في طهارة فلم يتوقت، كمسح الرأس والجبيرة. ولنا: ما روى علي، - رضي الله عنه - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم» . رواه مسلم، وحديث صفوان بن عسال، وقد ذكرناه، وعن عوف بن مالك الأشجعي، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر بالمسح على الخفين في غزوة تبوك، ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر، ويوما وليلة للمقيم» . رواه الإمام أحمد، وقال: هو أجود حديث في المسح على الخفين؛ لأنه في غزوة تبوك، وهي آخر غزوة غزاها النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو آخر فعله، وحديثهم ليس بالقوي.

قال أبو داود. وفي إسناده مجاهيل منهم: عبد الرحمن بن رزين، وأيوب بن قطن، ومحمد بن زيد. ويحتمل أنه يمسح ما شاء، إذا نزعهما عند انتهاء مدته ثم لبسهما. ويحتمل أنه قال: " وما شئت " من اليوم واليومين والثلاثة. ويحتمل أنه منسوخ بأحاديثنا؛ لأنها متأخرة، لكون حديث عوف في غزوة تبوك، وليس بينها وبين وفاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلا شيء يسير، و قياسهم ينتقض بالتيمم

[فصل انقضاء مدة المسح على الخفين]

(٤١١) فصل: إذا انقضت المدة بطل الوضوء، وليس له المسح إلا أن ينزعهما ثم يلبسهما على طهارة

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٩٨

كاملة. وفيه رواية أخرى، أنه يجزئه غسل قدميه، كما لو خلعهما، وسنذكر ذلك والخلاف فيه، إن شاء الله تعالى. وقال الحسن: لا يبطل الوضوء، ويصلي حتى يحدث؛ ثم لا يمسح بعد حتى ينزعهما. وقال داود: ينزع خفيه ولا يصلي فيهما، فإذا نزعهما صلى حتى يحدث؛ لأن الطهارة لا تبطل إلا بحدث، ونزع الخف ليس بحدث، وكذلك انقضاء المدة. ولنا أن غسل الرجلين شرط للصلاة، وإنما قام المسح مقامه في المدة، فإذا انقضت لم يجز أن يقوم مقامه إلا بدليل؛ ولأنها طهارة لا يجوز ابتداؤها، فيمنع من استدامتها، كالمتيمم عند رؤية الماء.

[مسألة خلع خفيه بعد المسح عليهما]

(٤١٢) مسألة: قال: (فإن خلع قبل ذلك أعاد الوضوء) يعني قبل انقضاء المدة إذا خلع خفيه بعد المسح عليهما، بطل وضوءه. وبه قال النخعي، والزهري، ومكحول، والأوزاعي، وإسحاق، وهو أحد قولي الشافعي. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه يجزئه غسل قدميه. وهو مذهب أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي؛ لأن مسح الخفين ناب عن غسل الرجلين خاصة، فظهورهما يبطل ما ناب عنه، كالتيمم إذا بطل برؤية الماء وجب ما ناب عنه. وهذا الاختلاف مبني على وجوب الموالاة في الوضوء، فمن أجاز التفريق جوز غسل القدمين؛ لأن سائر أعضائه مغسولة، ولم يبق إلا غسل قدميه، فإذا غسلهما كمل وضوءه.
ومن منع التفريق أبطل وضوءه؛ لفوات الموالاة، فعلى هذا، لو خلع الخفين قبل جفاف الماء عن يديه، أجزأه غسل قدميه، وصار." [1]

"الرخصة وردت في الخفاف المتعارفة للحاجة، ولا تدعو الحاجة إلى المسح على هذه في الغالب.
وقال القاضي: قياس المذهب جواز المسح عليها؛ لأنه خف ساتر يمكن المشي فيه، أشبه الجلود.

[المسح على الجورب الصفيق الذي لا يسقط إذا مشى فيه]

(٤٢٦) مسألة: قال: (وكذلك الجورب الصفيق الذي لا يسقط إذا مشى فيه) إنما يجوز المسح على الجورب بالشرطين اللذين ذكرناهما في الخف، أحدهما أن يكون صفيقا، لا يبدو منه شيء من القدم. الثاني أن يمكن متابعة المشي فيه. هذا ظاهر كلام الخرقي. قال أحمد في المسح على الجوربين بغير نعل: إذا كان يمشي عليهما، ويثبتان في رجليه، فلا بأس.

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٢١٠

وفي موضع قال: يمسح عليهما إذا ثبتا في العقب. وفي موضع قال: إن كان يمشي فيه فلا ينثني، فلا بأس بالمسح عليه، فإنه إذا انثنى ظهر موضع الوضوء. ولا يعتبر أن يكونا مجلدين، قال أحمد: يذكر المسح على الجوربين عن سبعة، أو ثمانية، من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم –.

وقال ابن المنذر: ويروى إباحة المسح على الجوربين عن تسعة من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم –؛ علي، وعمار، وابن مسعود، وأنس، وابن عمر، والبراء، وبلال، وابن أبي أوفى، وسهل بن سعد، وبه قال عطاء، والحسن وسعيد بن المسيب، والنخعي، وسعيد بن جبير، والأعمش، والثوري، والحسن بن صالح، وابن المبارك، وإسحاق، ويعقوب، ومحمد. وقال أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعي، ومجاهد، وعمرو بن دينار، والحسن بن مسلم، والشافعي: لا يجوز المسح عليهما، إلا أن ينعلا؛ لأنهما لا يمكن متابعة المشي فيهما، فلم يجز المسح عليهما، كالرقيقين ولنا: ما روى المغيرة بن شعبة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – مسح على الجوربين والنعلين» .

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وهذا يدل على أن النعلين لم يكونا عليهما؛ لأنهما لو كانا كذلك لم يذكر النعلين، فإنه لا يقال: مسحت على الخف ونعله؛ ولأن الصحابة – رضي الله عنهم –، مسحوا على الجوارب، ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم، فكان إجماعا؛ ولأنه ساتر لمحل الفرض، يثبت في القدم، فجاز المسح عليه، كالنعل. وقولهم: لا يمكن متابعة المشي فيه. قلنا: لا يجوز المسح عليه إلا أن يكون مما يثبت بنفسه، ويمكن متابعة المشي فيه. فأما الرقيق فليس بساتر.

[فصل المسح على جورب الخرق]

(٤٢٧) فصل: وقد سئل أحمد عن جورب الخرق، يمسح عليه؟ فكره الخرق. ولعل أحمد كرهها؛ لأن الغالب." (١)

"عليها الخفة، وأنها لا تثبت بأنفسها. فإن كانت مثل جورب الصوف في الصفاقة والثبوت، فلا فرق. وقد قال أحمد، في موضع: لا يجزئه المسح على الجورب حتى يكون جوربا صفيقا، يقوم قائما في رجله لا ينكسر مثل الخفين، إنما مسح القوم على الجوربين أنه كان عندهم بمنزلة الخف، يقوم مقام الخف في رجل الرجل، يذهب فيه الرجل ويجيء

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢١٥

[مسألة إن كان يثبت بالنعل مسح فإذا خلع النعل انتقضت الطهارة]

(٤٢٨) مسألة: قال: (وإن كان يثبت بالنعل مسح، فإذا خلع النعل انتقضت الطهارة) . يعني أن الجورب إذا لم يثبت بنفسه، وثبت بلبس النعل، أبيح المسح عليه، وتنتقض الطهارة بخلع النعل؛ لأن ثبوت الجورب أحد شرطي جواز المسح، وإنما حصل بلبس النعل، فإذا خلعها زال الشرط، فبطلت الطهارة. كما لو ظهر القدم. والأصل في هذا حديث المغيرة. وقوله: " مسح على الجوربين والنعلين ". قال القاضي: ويمسح على الجورب والنعل، كما جاء الحديث. والظاهر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما مسح على سيور النعل التي على ظاهر القدم، فأما أسفله وعقبه فلا يسن مسحه من الخف، فكذلك من النعل

[مسألة كان في الخف خرق يبدو منه بعض القدم]

(٤٢٩) مسألة: قال: (وإذا كان في الخف خرق يبدو منه بعض القدم، لم يجز المسح عليه) وجملته أنه إنما يجوز المسح على الخف ونحوه، إذا كان ساترا لمحل الفرض، فإن ظهر من محل الفرض شيء، لم يجز المسح، وإن كان يسيرا من موضع الخرز أو من غيره، إذا كان يرى منه القدم. وإن كان فيه شق ينضم ولا يبدو منه القدم، لم يمنع جواز المسح. نص عليه. وهو مذهب معمر، وأحد قولي الشافعي. وقال الثوري، ويزيد بن هارون، وإسحاق، وابن المنذر: يجوز المسح على كل خف. وقال الأوزاعي: يمسح على الخف المخرق، وعلى ما ظهر من رجله.

وقال أبو حنيفة: إن تخرق قدر ثلاث أصابع، لم يجز، وإن كان أقل، جاز، ونحوه قال الحسن، وقال مالك: إن كثر وتفاحش، لم يجز، وإلا جاز. وتعلقوا بعموم الحديث، وبأنه خف يمكن متابعة المشي فيه، فأشبه الصحيح؛ ولأن الغالب على خفاف العرب كونها مخرقة. وقد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بمسحها من غير تفصيل، فينصرف إلى الخفاف الملبوسة عندهم غالبا، ولنا أنه غير ساتر للقدم، فلم يجز المسح عليه، كما لو كثر وتفاحش، أو قياسا على غير الخف؛ ولأن حكم ما ظهر الغسل، وما استتر المسح، فإذا اجتمعا، غلب حكم الغسل، كما لو انكشفت إحدى قدميه

[فصل المسح على اللفائف والخرق]

(٤٣٠) فصل: ولا يجوز المسح على اللفائف والخرق. نص عليه أحمد. وقيل له: إن أهل الجبل يلفون على." (١)

"وإن نسيت نوبته حيضناها اليقين وهو ثلاثة أيام، ثم تغتسل، وتصلي بقية الشهر. وإن أيقنت أنه غير الأول، وشكت؛ هل هو الثاني أو الثالث؟ جلست أربعة؛ لأنها اليقين، ثم تجلس من الشهرين الآخرين ثلاثة ثلاثة، ثم تجلس في الرابع أربعة ثم تعود إلى الثلاثة كذلك أبدا، ويجزئها غسل واحد عند انقضاء المدة التي جلستها، كالناسية إذا جلست أقل الحيض؛ لأن ما زاد على اليقين مشكوك فيه فلا نوجب عليها الغسل بالشك، ويحتمل وجوب الغسل عليها أيضا عند مضي أكثر عادتها؛ لأن يقين الحيض ثابت، وحصول الطهارة بالغسل مشكوك فيه فلا تزول عن اليقين بالشك؛ ولأن هذه متيقنة وجوب الغسل عليها في أحد الأيام الثلاثة في اليوم الخامس، وقد اشتبه عليها، وصحة صلاتها تقف على الغسل، فيجب عليها لتخرج على العهدة بيقين، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها.

وهذا الوجه أصح لما ذكرنا، وتفارق الناسية، فإنها لا تعلم لها حيضا ز ائدا على ما جلسته، وهذه تتيقن لها حيضا زائدا على ما جلسته تقف صحة صلاتها على غسلها منه، فوجب ذلك، فعلى هذا يلزمها غسل ثان، عقيب اليوم الخامس في كل شهر، وإن جلست في رمضان ثلاثة أيام، قضت خمسة أيام؛ لأن الصوم كان في ذمتها، ولا نعلم أن اليومين اللذين صامتهما أسقطا الفرض من ذمتها، فيبقى على الأصل، ويحتمل أن يلزمها في كل شهر ثلاثة أغسال: غسل عقب اليوم الثالث، وغسل عقب الرابع، وغسل عقب الخامس؛ لأن عليها عقيب الرابع غسلا في أحد الأشهر، وكل شهر يحتمل أن يكون هو الشهر الذي يجب الغسل فيه بعد الرابع، فيلزمها ذلك كما قلنا في الخامس.

وإن كان الاختلاف على غير ترتيب، مثل أن تحيض من شهر ثلاثة، ومن الثاني خمسة، ومن الثالث أربعة، وأشباه ذلك، فإن كان هذا يمكن ضبطه ويعتادها على وجه لا يختلف، فالحكم فيه كالذي قبله. وإن كان غير مضبوط، جلست الأقل من كل شهر، وهي الثلاثة إن لم يكن لها أقل منها، واغتسلت عقيبه.

وذكر ابن عقيل في هذا الفصل، أن قياس المذهب أن فيه رواية ثانية، وهي إجلاسها أكثر عادتها في كل شهر، كالناسية للعدد، تجلس أكثر الحيض. وهذا لا يصح، إذ فيه أمرها بترك الصلاة، وإسقاطها عنها مع يقين وجوبها عليها، فإننا متى أمرناها بترك الصلاة خمسة أيام في كل شهر، ونحن نعلم وجوبها عليها، في يومين منها في شهر، وفي يوم في شهر آخر فقد أمرناها بترك الصلاة الواجبة يقينا، فلا يحل ذلك، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢١٦

تسقط الصلاة الواجبة بالاشتباه، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها، وفارق الناسية، فإننا لا نعلم عليها صلاة واجبة يقينا، والأصل بقاء الحيض، وسقوط الصلاة، فتبقى عليه.." (١)

"أحدهما، تجب لعموم الخبر؛ ولأنها كفارة تجب بالوطء، أشبهت كفارة الوطء في الصوم والإحرام. والثاني، لا تجب لقوله – عليه السلام –: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» . ولأنها تجب لمحو المأثم، فلا تجب مع النسيان، ككفارة اليمين، فعلى هذا لو وطئ طاهرا، فحاضت في أثناء وطئه، لا كفارة عليه. وعلى الرواية الأولى، عليه كفارة. وهو قول ابن حامد، قال: ولو وطئ الصبي لزمته الكفارة؛ لعموم الخبر، و قياسا على كفارة الإحرام، ويحتمل أن لا يلزمه كفارة؛ لأن أحكام التكليف لا تثبت في حقه، وهذا من فروعها، فلا تثبت.

[فصل هل تلزم المرأة الموطوءة وهي حائض كفارة]

(٤٨٢) فصل: وهل تلزم المرأة كفارة؟ المنصوص أن عليها الكفارة. قال أحمد في امرأة غرت زوجها: إن عليه الكفارة وعليها؛ وذلك لأنه وطء يوجب الكفارة، فأوجبها على المرأة المطاوعة، ككفارة الوطء في الإحرام. وقال القاضي: في وجوبها على المرأة وجهان: أحدهما لا يجب؛ لأن الشرع لم يرد بإيجابها عليها، وإنما يتلقى الوجوب من الشرع. وإن كانت مكرهة أو غير عالمة، فلا كفارة عليها، لقوله – عليه السلام –: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» .

(٤٨٣) فصل: والنفساء كالحائض في هذا؛ لأنها تساويها في سائر أحكامها، ويجزئ نصف دينار من أي ذهب كان إذا كان صافيا من الغش، ويستوي تبره ومضروبه، لوقوع الاسم عليه. وهل يجوز إخراج قيمته؟ فيه وجهان: أحدهما، يجوز؛ لأن المقصود يحصل بإخراج هذا القدر من المال، على أي صفة كان من المال، فجاز بأي مال كان، كالخراج والجزية.

والثاني، لا يجوز؛ لأنه كفارة، فاختص ببعض أنواع المال، كسائر الكفارات، فعلى هذا الوجه هل يجوز إخراج الدراهم مكان الدينار فيه وجهان، بناء على إخراجها عنه في الزكاة، والصحيح جوازه؛ لما ذكرنا؛ ولأنه حق يجزئ فيه أحد الثمنين، فأجزأ فيه الآخر، كسائر الحقوق. ومصرف هذه الكفارة إلى مصرف سائر الكفارات؛ لكونها كفارة؛ ولأن المساكين مصرف حقوق الله تعالى، وهذا منها.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٣١

[مسألة فإن انقطع دمها فلا توطأ حتى تغتسل]

(٤٨٤) مسألة: قال: (فإن انقطع دمها، فلا توطأ حتى تغتسل) وجملته أن وطء الحائض قبل الغسل حرام، وإن انقطع دمها في قول أكثر أهل العلم. قال ابن." (١)

"المنذر: هذا كالإجماع منهم. وقال أحمد بن محمد المروذي: لا أعلم في هذا خلافا. وقال أبو حنيفة: إن انقطع الدم لأكثر الحيض، حل وطؤها، وإن انقطع لدون ذلك، لم يبح حتى تغتسل، أو تتيمم، أو يمضي عليها وقت صلاة؛ لأن وجوب الغسل لا يمنع من الوطء بالجنابة.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله﴾ [البقرة: ٢٢٢] . يعني إذا اغتسلن. هكذا فسره ابن عباس؛ ولأن الله تعالى قال في الآية: ﴿ويحب المتطهرين﴾ [البقرة: ٢٢٢] . فأثنى عليهم، فيدل على أنه فعل منهم أثنى عليهم به، وفعلهم هو الاغتسال دون انقطاع الدم، فشرط لإباحة الوطء شرطين: انقطاع الدم، والاغتسال، فلا يباح إلا بهما، كقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] . لما اشترط لدفع المال إليهم بلوغ النكاح والرشد لم يبح إلا بهما. كذا هاهنا؛ ولأنها ممنوعة من الصلاة لحدث الحيض، فلم يبح وطؤها كما لو انقطع لأقل الحيض. وما ذكروه من المعنى منقوض بما إذا انقطع لأقل الحيض؛ ولأن حدث الحيض آكد من حدث الجنابة، فلا يصح قياسه عليه.

[مسألة لا توطأ مستحاضة إلا أن يخاف على نفسه]

(٤٨٥) مسألة: قال: (ولا توطأ مستحاضة إلا أن يخاف على نفسه) اختلف عن أحمد، - رحمه الله -، في وطء المستحاضة، فروي ليس له وطؤها إلا أن يخاف على نفسه الوقوع في محظور. وهو مذهب ابن سيرين، والشعبي، والنخعي، والحاكم؛ لما روى الخلال، بإسناده عن عائشة، أنها قالت: المستحاضة لا يغشاها زوجها.

ولأن بها أذى، فيحرم وطؤها كالحائض؛ فإن الله تعالى منع وطء الحائض معللا بالأذى بقوله: ﴿قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض﴾ [البقرة: ٢٢٢] . أمر باعتزالهن عقيب الأذى مذكورا بفاء التعقيب؛ ولأن الحكم إذا ذكر مع وصف يقتضيه ويصلح له، علل به، كقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] والأذى يصلح أن يكون علة. فيعلل به، وهو موجود في المستحاضة، فيثبت

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٤٥

التحريم في حقها وروي عن أحمد إباحة وطئها مطلقا، من غير شرط. وهو قول أكثر الفقهاء؛ لما روى أبو داود عن عكرمة، عن حمنة بنت جحش، أنها كانت مستحاضة، وكان زوجها يجامعها.
وقال: كانت أم حبيبة تستحاض، وكان زوجها يغشاها؛ ولأن حمنة كانت تحت طلحة، وأم حبيبة تحت عبد الرحمن بن عوف وقد سألتا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن أحكام المستحاضة، فلو كان حراما لبينه لهما.
وإن خاف على نفسه الوقوع في محظور إن ترك الوطء، أبيح على الروايتين؛ لأن حكمها أخف من حكم الحائض، ولو وطئها من غير خوف، فلا كفارة عليه؛ لأن الوجوب من الشرع، ولم يرد بإيجابها في حقها، ولا هي في معنى الحائض لما بينهما من الاختلاف.." (١)

"وقال بعضهم: تجمع بين كل صلاتي جمع بغسل واحد، وتغتسل للصبح على ما في حديث حمنة. وقد ذكرناه، وكذلك أمر به سهلة بنت سهيل وبه قال عطاء، والنخعي وأكثر أهل العلم، على أن الغسل عند انقضاء الحيض، ثم عليها الوضوء لكل صلاة، ويجزئها ذلك ويروى هذا عن عروة، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي. وقال عكرمة، وربيعة، ومالك إنما عليها الغسل عند انقضاء حيضها وليس عليها للاستحاضة وضوء؛ لأن ظاهر حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، في حديث فاطمة بنت أبي حبيش الغسل فقط؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لها: " فاغتسلي وصلي ". ولم يذكر الوضوء لكل صلاة.
ولنا: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لفاطمة إنما ذلك عرق، وليست بالحيضة، فإذا أقبلت فدعي الصلاة فإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي، وتوضئي لكل صلاة» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وهذه زيادة يجب قبولها. وفي حديث عدي بن ثابت، عن أبيه عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في المستحاضة «تدع الصلاة أيام أقرائها، ثم تغتسل وتصلي، وتتوضأ عند كل صلاة» .
ولأنه دم خارج من الفرج، فأوجب الوضوء كدم الحيض، وهذا يدل على أن الغسل المأمور به في سائر الأحاديث مستحب غير واجب، والغسل لكل صلاة أفضل؛ لما فيه من الخروج من الخلاف، والأخذ بالثقة والاحتياط، وهو أشد ما قيل، ثم يليه في الفضل والمشقة الجمع بين كل صلاتين بغسل واحد، والاغتسال للصبح، ولذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم - فيه: «وهو أعجب الأمرين إلي» . ثم يليه الغسل كل يوم مرة بعد الغسل عند انقضاء الحيض، ثم تتوضأ لكل صلاة، وهو أقل الأمور ويجزئها. والله أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٤٦

[فصل حكم طهارة المستحاضة]

(٥١١) فصل: وحكم طهارة المستحاضة حكم التيمم في أنها إذا توضأت في وقت الصلاة، صلت بها الفريضة، ثم قضت الفوائت، وتطوعت حتى يخرج الوقت نص على هذا أحمد وعلى قياس ذلك لها الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد. وقال الشافعي: لا تجمع بين فرضين بطهارة واحدة. ولا تقضي به فوائت، ولا تجمع بين صلاتين. كقوله في التيمم.

ويحتمله قول الخرقي لقوله: «لكل صلاة» . وحجتهم قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «توضئي لكل صلاة.» ولنا أنه قد روي في بعض ألفاظ حديث فاطمة: «توضئي لوقت كل صلاة.» ولأنه وضوء يبيح النفل، فيبيح الفرض، كوضوء غير المستحاضة، وحديثهم محمول على الوقت، كقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «أينما أدركتك الصلاة فصل» أي وقتها، وحديث حمنة ظاهر في الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد؛ لأنه لم يأمرها بالوضوء بينهما، وهو مما يخفى ويحتاج إلى بيانه، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه.." (١)

"ولنا أنه مأمور بها في أول الوقت بقوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ [الإسراء: ٧٨] والأمر يقتضي الوجوب على الفور؛ ولأن دخول الوقت سبب للوجوب، فيترتب عليه حكمه حين وجوده؛ ولأنها يشترط لها نية الفريضة، ولو لم تجب لصحت بدون نية الواجب كالنافلة، وتفارق النافلة؛ فإنها لا يشترط لها ذلك، ويجوز تركها غير عازم على فعلها، وهذه إنما يجوز تأخيرها مع العزم على فعلها، كما تؤخر صلاة المغرب ليلة مزدلفة عن وقتها، وكما تؤخر سائر الصلوات عن وقتها إذا كان مشتغلا بتحصيل شرطها.

[فصل يستقر وجوب وقت صلاة الظهر بما وجبت به]

(٥١٧) فصل: ويستقر وجوبها بما وجبت به. فلو أدرك جزءا من أول وقتها ثم جن، أو حاضت المرأة، لزمهما القضاء إذا أمكنهما. وقال الشافعي وإسحاق: لا يستقر إلا بمضي زمن يمكن فعلها فيه، ولا يجب القضاء بما دون ذلك. واختاره أبو عبد الله بن بطة؛ لأنه لم يدرك من الوقت ما يمكنه أن يصلي فيه، فلم يجب القضاء، كما لو طرأ العذر قبل ذلك الوقت. ولنا أنها صلاة وجبت عليه، فوجب قضاؤها إذا فاتته، كالتي أمكن أداؤها، وفارقت التي طرأ العذر قبل دخول وقتها؛ فإنها لم تجب، و قياس الواجب على غيره

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٦٥

غير صحيح.

[مسألة آخر وقت الظهر]

(٥١٨) مسألة: قال: (فإذا صار ظل كل شيء مثله فهو آخر وقتها) يعني أن الفيء إذا زاد على ما زالت عليه الشمس قدر ظل طول الشخص، فذلك آخر وقت الظهر. قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: وأي شيء آخر وقت الظهر؟ قال: أن يصير الظل مثله. قيل له: فمتى يكون الظل مثله؟ قال: إذا زالت الشمس، فكان الظل بعد الزوال مثله، فهو ذاك. ومعرفة ذلك أن يضبط ما زالت عليه الشمس، ثم ينظر الزيادة عليه، فإن كانت قد بلغت قدر الشخص، فقد انتهى وقت الظهر؛ ومثل شخص الإنسان ستة أقدام ونصف بقدمه، أو يزيد قليلا، فإذا أردت اعتبار الزيادة بقدمك مسحتها على ما ذكرناه في الزوال، ثم أسقطت منه القدر الذي زالت عليه الشمس، فإذا بلغ الباقي ستة أقدام ونصف فقد بلغ المثل، فهو آخر وقت الظهر، وأول وقت العصر.

وبهذا قال مالك، والثوري، والشافعي، والأوزاعي ونحوه قال أبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور وداود وقال عطاء: لا تفريط للظهر حتى تدخل الشمس صفرة. وقال طاوس: وقت الظهر والعصر إلى الليل. وحكي عن مالك: وقت الاختيار إلى أن يصير ظل كل شيء مثله، ووقت الأداء إلى أن يبقى من غروب الشمس قدر ما يؤدى فيه العصر؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جمع بين الظهر والعصر في الحضر.

وقال أبو حنيفة: وقت الظهر إلى أن يصير ظل كل شيء مثله؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم -." [١]

"سائر الصلوات يدركها بإدراك ركعة منها في وقتها؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة» متفق عليه وفي رواية «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر» متفق عليه ولا أعلم في هذا خلافا

[فصل هل يدرك الصلاة بإدراك ما دون ركعة]

(٥٢٣) فصل: وهل يدرك الصلاة بإدراك ما دون ركعة؟ فيه روايتان: إحداهما لا يدركها بأقل من ذلك، وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب مالك؛ لظاهر الخبر الذي رويناه، فإن تخصيصه الإدراك بركعة يدل على أن الإدراك لا يحصل بأقل منها؛ ولأنه إدراك للصلاة، فلا يحصل بأقل من ركعة كإدراك الجمعة. والثانية، يدركها

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٧١

بإدراك جزء منها، أي جزء كان. قال القاضي: ظاهر كلام أحمد أنه يكون مدركا لها بإدراكه. وقال أبو الخطاب: من أدرك من الصلاة مقدار تكبيرة الإحرام قبل أن يخرج الوقت فقد أدركها. وهذا مذهب أبي حنيفة. وللشافعي قولان كالمذهبين.

ولأن أبا هريرة روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من أدرك سجدة من صلاة العصر قبل أن تغرب الشمس فليتم صلاته، وإذا أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس فليتم صلاته» متفق عليه وللنسائي «فقد أدركها» ؛ ولأن الإدراك إذا تعلق به حكم في الصلاة استوى فيه الركعة وما دونها، كإدراك الجماعة، وإدراك المسافر صلاة المقيم، ولفظ الحديث الأول يدل بمفهومه، والمنطوق أولى منه، وال قياس يبطل بإدراك ركعة دون تشهدها.

[فصل الصلاة الوسطى]

(٥٢٤) فصل: وصلاة العصر هي الصلاة الوسطى، في قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - وغيرهم، منهم: علي بن أبي طالب، وأبو هريرة، وأبو أيوب، وأبو سعيد وعبيدة السلماني، والحسن، والضحاك، وأبو حنيفة، وأصحابه. وروي عن زيد بن ثابت وعائشة أنها صلاة الظهر.

وبه. قال عبد الله بن شداد؛ لما روي عن زيد بن ثابت، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي الظهر بالهاجرة، ولم يكن يصلي صلاة أشد على أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - منها، فنزلت: ﴿حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى﴾ [البقرة: ٢٣٨] » رواه أبو داود وروت عائشة «عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قرأ حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى صلاة العصر» رواه أبو داود والترمذي، وقال حديث صحيح.

وقال طاوس، وعطاء، وعكرمة، ومجاهد، والشافعي: هي الصبح لقول الله." (١)

"[فصل القدر الذي يتعلق به الوجوب في الصلاة]

(٥٤٥) فصل: والقدر الذي يتعلق به الوجوب قدر تكبيرة الإحرام. وقال الشافعي: قدر ركعة؛ لأن ذلك هو الذي روي عن عبد الرحمن وابن عباس، ولأنه إدراك تعلق به إدراك الصلاة، فلم يكن بأقل من ركعة كإدراك الجمعة. وقال مالك: خمس ركعات. ولنا أن ما دون الركعة تجب به الثانية، فوجبت به الأولى، كالركعة والخمس عند مالك، ولأنه إدراك فاستوى فيه القليل والكثير، كإدراك المسافر صلاة المقيم، فأما الجمعة

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٧٤

فإنما اعتبرت الركعة بكمالها؛ لكون الجماعة شرطا فيها فاعتبر إدراك ركعة كي لا يفوته شرطها في معظمها، بخلاف مسألتنا.

[فصل أدرك المكلف من وقت الأولى من صلاتي الجمع قدرا تجب به ثم جن]

(٥٤٦) فصل: وإن أدرك المكلف من وقت الأولى من صلاتي الجمع قدرا تجب به، ثم جن أو كانت امرأة فحاضت، أو نفست، ثم زال العذر بعد وقتها، لم تجب الثانية في إحدى الروايتين، ولا يجب قضاؤها. وهذا اختيار ابن حامد. والأخرى: يجب ويلزم قضاؤها؛ لأنها إحدى صلاتي الجمع، فوجبت بإدراك جزء من وقت الأخرى، كالأولى.

ووجه الأولى أنه لم يدرك جزءا من وقتها، ولا وقت تبعها، فلم تجب، كما لو لم يدرك من وقت الأولى شيئا، وفارق مدرك وقت الثانية، فإنه أدرك وقت تبع الأولى، فإن الأولى تفعل في وقت الثانية متبوعة مقصودة يجب تقديمها، والبداية بها، بخلاف الثانية مع الأولى، ولأن من لا يجوز الجمع إلا في وقت الثانية ليس وقت الأولى عنده وقتا للثانية بحال، فلا يكون مدركا لشيء من وقتها، ووقت الثانية وقت لهما جميعا، لجواز فعل الأولى في وقت الثانية، ومن جوز الجمع في وقت الأولى، فإنه يجوز تقديم الثانية رخصة تحتاج إلى نية التقديم، وترك التفريق، ومتى أخر الأولى إلى الثانية كانت مفعولة لا واجبة، لا يجوز تركها، ولا يجب نية جمعها، ولا يشترط ترك التفريق بينهما، فلا يصح قياس الثانية على الأولى، والأصل أن لا تجب صلاة إلا بإدراك وقتها.

[فصل الصلاة لا تجب على صبي ولا كافر ولا حائض]

(٥٤٧) فصل: وهذه المسألة تدل على أن الصلاة لا تجب على صبي، ولا كافر، ولا حائض؛ إذ لو كانت الصلاة واجبة عليهم لم يكن لتخصيص القضاء بهذه الحال معنى، وهذا الصحيح في المذهب. فأما الحائض، فقد ذكرنا حكمها في بابها، وأما الكافر فإن كان أصليا لم يلزمه قضاء ما تركه من العبادات في حال كفره، بغير خلاف نعلمه، وقد قال الله تعالى ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال: ٣٨] وأسلم في عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - خلق كثير، وبعده، فلم يؤمر." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٨٨

"ولأنه صلى نافلة، فلم تجزه عن الواجب، كما لو نوى نفلا، ولأنه بلغ في وقت العبادة وبعد فعلها، فلزمته إعادتها كالحج، ووظيفة الوقت في حق البالغ ظهرا واجبة، ولم يأت بها.

[فصل المجنون غير مكلف]

(٥٤٩) فصل: والمجنون غير مكلف، ولا يلزمه قضاء ما ترك في حال جنونه، إلا أن يفيق وقت الصلاة، فيصير كالصبي يبلغ. ولا نعلم في ذلك خلافا، وقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يشب، وعن المعتوه حتى يعقل» . أخرجه أبو داود، وابن ماجه، والترمذي، وقال: حديث حسن. ولأن مدته تطول غالبا، فوجوب القضاء عليه يشق، فعفي عنه.

[مسألة المغمى عليه حكمه حكم النائم]

(٥٥٠) مسألة: قال: (والمغمى عليه يقضي جميع الصلوات التي كانت في حال إغمائه) وجملة ذلك أن المغمى عليه حكمه حكم النائم، لا يسقط عنه قضاء شيء من الواجبات التي يجب قضاؤها على النائم؛ كالصلاة والصيام. وقال مالك، والشافعي: لا يلزمه قضاء الصلاة إلا أن يفيق في جزء من وقتها؛ لأن عائشة «سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن الرجل يغمى عليه، فيترك الصلاة، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ليس من ذلك قضاء إلا أن يغمى عليه، فيفيق في وقتها، فيصليها» . وقال أبو حنيفة: إن أغمي عليه خمس صلوات قضاها، وإن زادت سقط فرض القضاء في الكل؛ لأن ذلك يدخل في التكرار، فأسقط القضاء، كالجنون. ولنا ما روي، أن عمارا غشي عليه أياما لا يصلي، ثم استفاق بعد ثلاث، فقال: هل صليت؟ فقيل: ما صليت منذ ثلاث. فقال: أعطوني وضوءا، فتوضأ، ثم صلى تلك الليلة وروى أبو مجلز، أن سمرة بن جندب، قال: المغمى عليه - يترك الصلاة، أو فيترك الصلاة - يصلي مع كل صلاة صلاة مثلها قال: قال عمران: زعم، ولكن ليصلهن جميعا. وروى الأثرم هذين الحديثين في " سننه ". وهذا فعل الصحابة وقولهم، ولا نعرف لهم مخالفا، فكان إجماعا. ولأن الإغماء لا يسقط فرض الصيام، ولا يؤثر في استحقاق الولاية على المغمى عليه، فأشبه النوم. فأما حديثهم فباطل يرويه الحاكم بن سعد، وقد نهى أحمد - رحمه الله -، عن حديثه، وضعفه ابن المبارك، وقال البخاري: تركوه. وفي إسناده خارجة بن مصعب.

ولا يصح قياسه على المجنون؛ لأن المجنون تتطاول مدته غالبا، وقد رفع القلم عنه، ولا يلزمه صيام، ولا شيء." (١)

"وإلا أغار، فسمع رجلا يقول: الله أكبر الله أكبر، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على الفطرة. فقال: أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – خرجت من النار، فنظروا فإذا صاحب معز» أخرجه مسلم.

[فصل من فاتته صلوات استحب له أن يؤذن للأولى ثم يقيم لكل صلاة إقامة]

فصل: ومن فاتته صلوات استحب له أن يؤذن للأولى، ثم يقيم لكل صلاة إقامة، وإن لم يؤذن فلا بأس. قال الأثرم؛ سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل يقضي صلاة، كيف يصنع في الأذان؟ فذكر حديث هشيم، عن أبي الزبير، عن نافع بن جبير، عن أبي عبيدة بن عبد الله، عن أبيه «أن المشركين شغلوا النبي – صلى الله عليه وسلم – عن أربع صلوات يوم الخندق، حتى ذهب من الليل ما شاء الله، قال: فأمر بلالا فأذن وأقام، وصلى الظهر، ثم أمره فأقام، فصلى العصر، ثم أمره فأقام، فصلى المغرب، ثم أمره فأقام، فصلى العشاء» قال أبو عبد الله وهشام الدستوائي لم يقل كما قال هشيم، جعلها إقامة إقامة.

قلت فكأنك تختار حديث هشيم؟ قال: نعم هو زيادة، أي شيء يضره؟ وهذا في الجماعة. فإن كان يقضي وحده كان استحباب ذلك أدنى في حقه، لأن الأذان والإقامة للإعلام، ولا حاجة إلى الإعلام هاهنا، وقد روي عن أحمد في رجل فاتته صلوات فقضاها: ليؤذن، ويقم مرة واحدة، يصليها كلها. فسهل في ذلك، ورآه حسنا. وقال الشافعي نحو ذلك؛ وله قولان آخران: أحدهما، أنه يقيم ولا يؤذن. وهذا قول مالك؛ لما روى أبو سعيد قال؛ «حبسنا يوم الخندق عن الصلاة، حتى كان بعد المغرب بهوي من الليل، قال: فدعا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بلالا، فأمره فأقام الظهر، فصلاها، ثم أمره، فأقام العصر، فصلاها» . ولأن الأذان للإعلام بالوقت، وقد فات. والقول الثالث: إن رجي اجتماع الناس أذن، وإلا فلا؛ لأن الأذان مشروع للإعلام، فلا يشرع إلا مع الحاجة.

وقال أبو حنيفة: يؤذن لكل صلاة ويقيم؛ لأن ما سن للصلاة في أدائها سن في قضائها، كسائر المسنونات. ولنا، حديث ابن مسعود، رواه الأثرم، والنسائي وغيرهما، وهو متضمن للزيادة، والزيادة من الثقة مقبولة. وعن أبي قتادة، «أنهم كانوا مع النبي – صلى الله عليه وسلم – فناموا حتى طلعت الشمس، فقال النبي – صلى

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٢٩٠

الله عليه وسلم -: يا بلال، قم فأذن الناس بالصلاة» . متفق عليه، ورواه عمران بن حصين أيضا. قال: «فأمر بلالا فأذن، فصلينا ركعتين، ثم أمره فأقام فصلينا» . متفق عليه. ولنا على أبي حنيفة حديث ابن مسعود وأبي سعيد، ولأن الثانية من الفوائت صلاة وقد أذن لما قبلها، فأشبهت الثانية من المجموعتين، و قياسهم منتقض بهذا.." (١)

"فيه، وقال: أمر الأذان عندي سهل. وروي عن ابن عمر، أنه كان يؤذن على الراحلة، ثم ينزل فيقيم. وإذا أبيح التنفل على الراحلة، فالأذان أولى.

[فصل يستحب أن يؤذن على شيء مرتفع]

فصل: ويستحب أن يؤذن على شيء مرتفع؛ ليكون أبلغ لتأدية صوته، وقد روى أبو داود، عن عروة بن الزبير عن امرأة من بني النجار قالت: كان بيتي من أطول بيت حول المسجد، وكان بلال يؤذن عليه الفجر، فيأتي بسحر، فيجلس على البيت ينظر إلى الفجر فإذا رآه تمطى، ثم قال: اللهم إني أستعينك وأستعديك على قريش، أن يقيموا دينك. قالت: ثم يؤذن. وفي حديث بدء الأذان، فقال «رجل من الأنصار: يا رسول الله، رأيت رجلا، كأن عليه ثوبين أخضرين، فقام على المسجد فأذن، ثم قعد قعدة، ثم قام فقال مثلها إلا أنه يقول: قد قامت الصلاة» .

[فصل الكلام في أثناء الأذان]

(٥٨٧) فصل: ولا يستحب أن يتكلم في أثناء الأذان وكرهه طائفة من أهل العلم، قال الأوزاعي: لم نعلم أحدا يقتدي به فعل ذلك. ورخص فيه الحسن، وعطاء، وقتادة، وسليمان بن صرد. فإن تكلم بكلام يسير جاز. وإن طال الكلام بطل الأذان؛ لأنه يقطع الموالاة المشروطة في الأذان، فلا يعلم أنه أذان. وكذلك لو سكت سكوتا طويلا، أو نام نوما طويلا، أو أغمي عليه، أو أصابه جنون يقطع الموالاة، بطل أذانه. وإن كان الكلام يسيرا محرما كالسب ونحوه، فقال بعض أصحابنا: فيه وجهان، أحدهما، لا يقطعه؛ لأنه لا يخل بالمقصود، فأشبه المباح. والثاني؛ يقطعه؛ لأنه محرم فيه. وأما الإقامة فلا ينبغي أن يتكلم فيها؛ لأنها يستحب حدرها، وأن لا يفرق بينهما. قال أبو داود: قلت لأحمد: الرجل يتكلم في أذانه؟ فقال: نعم. فقلت له: يتكلم في الإقامة؟ فقال: لا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٤/١

[فصل ليس للرجل أن يبني على أذان غيره]

(٥٨٨) فصل: وليس للرجل أن يبني على أذان غيره؛ لأنه عبادة بدنية، فلا يصح من شخصين، كالصلاة. والردة تبطل الأذان إن وجدت في أثنائه، فإن وجدت بعده، فقال القاضي: قياس قوله في الطهارة أن تبطل أيضا، والصحيح أنها لا تبطل؛ لأنها وجدت بعد فراغه، وانقضاء حكمه، بحيث لا يبطله شيء من مبطلاته، فأشبه سائر العبادات إذا وجدت بعد فراغه منها، بخلاف الطهارة، فإنها تبطل بمبطلاتها، فالأذان أشبه بالصلاة في هذا الحكم منه بالطهارة، والله تعالى أعلم.." (١)

"أنها القبلة، لا يسعه تركها، ولا تقليد صاحبه، سواء كان أعلم منه، أو لم يكن، كالعالمين يختلفان في الحادثة. ولو أن أحدهما اجتهد، فأراد الآخر تقليده من غير اجتهاد، لم يجز له ذلك، ولا يسعه الصلاة حتى يجتهد، سواء اتسع الوقت، أو كان ضيقا يخشى خروج وقت الصلاة، كالحاكم، لا يسوغ له الحكم في حادثة بتقليد غيره. وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد، في المجتهد الذي يضيق الوقت عن اجتهاده، أن له تقليد غيره. وأشار إلى قول أحمد، فيمن هو في مدينة، فتحرى، فصلى لغير القبلة في بيت يعيد؛ لأن عليه أن يسأل، قال: فقد جعل فرض المحبوس السؤال، وهذا غير صحيح.

وكلام أحمد إنما دل على أنه ليس لمن في المصر الاجتهاد؛ لأنه يمكنه التوصل إلى القبلة بطريق الخبر، والاستدلال بالمحاريب، بخلاف المسافر، وليس فيه دليل على أنه يجوز له تقليد المجتهدين في محل الاجتهاد عند ضيق الوقت، ألا ترى أن أبا عبد الله لم يفرق بين ضيق الوقت وسعته، مع اتفاقنا على أنه لا يجوز له التقليد مع سعة الوقت، ولأن الاجتهاد في حقه شرط لصحة الصلاة، فلم يسقط بضيق الوقت، مع إمكانه، كسائر الشروط.

[فصل اختلف اجتهاد رجلين فصلى كل واحد منهما إلى جهة]

(٦٢٢) فصل: وإذا اختلف اجتهاد رجلين، فصلى كل واحد منهما إلى جهة، فليس لأحدهما الائتمام بصاحبه. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن كل واحد يعتقد خطأ صاحبه، فلم يجز أن يأتم به، كما لو خرجت من أحدهما ريح، واعتقد كل واحد منهما أنها من صاحبه، فإن لكل واحد منهما أن يصلي، وليس له أن يأتم بصاحبه. وقياس المذهب جواز ذلك. وهو مذهب أبي ثور؛ لأن كل واحد منهما يعتقد صحة صلاة الآخر.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٠٨

فإن فرضه التوجه إلى ما توجه إليه، فلم يمنع اقتداءه به اختلاف جهته، كالمصلين حول الكعبة مستديرين حولها، وكالمصلين حال شدة الخوف، وقد نص أحمد على صحة الصلاة خلف المصلي في جلود الثعالب، إذا كان يتأول قوله – عليه السلام –: «أيما إهاب دبغ فقد طهر» . مع كون أحمد لا يرى طهارتها، وفارق ما إذا اعتقد كل واحد منهما حدث صاحبه؛ لأنه يعتقد بطلان صلاته، بحيث لو بان له يقينا حدث نفسه، لزمته إعادة الصلاة؛ وهاهنا صلاته صحيحة ظاهرا وباطنا، بحيث لو بان له يقين الخطأ، لم يلزمه الإعادة، فافترقا.

فأما إن كان أحدهما يميل يمينا، ويميل الآخر شمالا، مع اتفاقهما في الجهة، فلا يختلف المذهب في أن لأحدهما الائتمام بصاحبه؛ لأن الواجب استقبال الجهة، وقد اتفقا فيها.

[مسألة إذا اختلف مجتهدان في القبلة ومعهما أعمى]

(٦٢٣) مسألة: قال: (ويتبع الأعمى أوثقهما في نفسه) يعني إذا اختلف مجتهدان في القبلة، ومعهما أعمى، قلد أوثقهما في نفسه، وهو أعلمهما عنده وأصدقهما قولا، وأشدهما تحريا؛ لأن الصواب إليه أقرب، وكذلك الحكم في البصير الذي لا يعلم الأدلة، ولا يقدر على تعلمها قبل خروج الوقت، فرضه أيضا التقليد، ويقلد أوثقهما في نفسه، فإن قلد المفضول، فظاهر." [1]

"[فصل يستحب للإمام تسوية الصفوف]

(٦٣٨) فصل: ويستحب للإمام تسوية الصفوف، يلتفت عن يمينه، فيقول: استووا. رحمكم الله. وعن يساره كذلك؛ لما ذكرنا من الحديث، وعن محمد بن مسلم، قال: «صليت إلى جنب أنس بن مالك يوما، فقال: هل تدري لم صنع هذا العود؟ قلت: لا والله. فقال: لأن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان إذا قام إلى الصلاة أخذه بيمينه، فقال: اعتدلوا، وسووا صفوفكم. ثم أخذه بيساره، وقال: اعتدلوا، وسووا صفوفكم» . رواه أبو داود. وعنه قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «سووا صفوفكم، فإن تسوية الصف من تمام الصلاة» . متفق عليه.

[مسألة الصلاة لا تنعقد إلا بقول الله أكبر]

(٦٣٩) مسألة: قال أبو القاسم: (وإذا قام إلى الصلاة فقال: الله أكبر) وجملته أن الصلاة لا تنعقد إلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٣/١

بقول: " الله أكبر ". عند إمامنا، ومالك. وكان ابن مسعود، وطاوس، وأيوب، ومالك، والثوري، والشافعي، يقولون: افتتاح الصلاة التكبير. وعلى هذا عوام أهل العلم في القديم والحديث، إلا أن الشافعي قال: تنعقد بقوله: الله الأكبر. لأن الألف واللام لم تغيره عن بنيته ومعناه، وإنما أفادت التعريف.
وقال أبو حنيفة: تنعقد بكل اسم لله تعالى على وجه التعظيم، كقوله: الله عظيم. أو كبير، أو جليل. وسبحان الله. والحمد لله. ولا إله إلا الله. ونحوه. قال الحاكم: لأنه ذكر الله تعالى على وجه التعظيم، أشبه قوله: الله أكبر. واعتبر ذلك بالخطبة، حيث لم يتعين لفظها. ولنا، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «تحريمها التكبير» . رواه أبو داود.
«وقال للمسيء في صلاته: إذا قمت إلى الصلاة فكبر» . متفق عليه. وفي حديث رفاعة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الوضوء مواضعه، ثم يستقبل القبلة، فيقول: الله أكبر» . «وكان النبي – صلى الله عليه وسلم – يفتتح الصلاة بقوله: الله أكبر» . لم ينقل عنه عدول عن ذلك حتى فارق الدنيا، وهذا يدل على أنه لا يجوز العدول عنه، وما قاله أبو حنيفة يخالف دلالة الأخبار، فلا يصار إليه، ثم يبطل بقول: اللهم اغفر لي.
ولا يصح ال قياس على الخطبة؛ لأنه لم يرد عن النبي – صلى الله عليه وسلم – فيها لفظ بعينه في جميع خطبه، ولا أمر به، ولا يمنع من الكلام فيها والتلفظ بما شاء من الكلام المباح، والصلاة بخلافه، وما قاله الشافعي عدول عن المنصوص، فأشبه ما لو قال: الله العظيم. وقولهم: لم تغير بنيته ولا معناه. لا يصح؛ لأنه نقله عن التنكير إلى التعريف، وكان متضمنا." (١)

"الدعاء، فقمن أن يستجاب لكم» . رواه أبو داود، وقوله (قمن) معناه: جدير وحري.

[فصل أدرك الإمام في الركوع]

(٧٠٠) فصل: ومن أدرك الإمام في الركوع فقد أدرك الركوع؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من أدرك الركوع فقد أدرك الركعة» . رواه أبو داود. ولأنه لم يفته من الأركان إلا القيام، وهو يأتي به مع تكبيرة الإحرام، ثم يدرك مع الإمام بقية الركعة، وهذا إذا أدرك الإمام في طمأنينة الركوع، أو انتهى إلى قدر الإجزاء من الركوع قبل أن يزول الإمام عن قدر الإجزاء.
فهذا يعتد له بالركعة، ويكون مدركا لها. فأما إن كان المأموم يركع والإمام يرفع لم يجزه؛ وعليه أن يأتي

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٣٣

بالتكبيرة منتصبا، فإن أتى بها بعد أن انتهى في الانحناء إلى قدر الركوع أو ببعضها، لم يجزه؛ لأنه أتى بها في غير محلها، إلا في النافلة؛ لأنه يفوته القيام، وهو من أركان الصلاة، ثم يأتي بتكبيرة أخرى للركوع في حال انحطاطه إليه، فالأولى ركن لا تسقط بحال، والثانية تكبيرة الركوع، والمنصوص عن أحمد أنها تسقط هاهنا، ويجزئه تكبيرة واحدة. نقلها أبو داود وصالح وروي ذلك عن زيد بن ثابت، وابن عمر، وسعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن، وميمون بن مهران، والنخعي، والحكم، والثوري، والشافعي، ومالك، وأصحاب الرأي

وعن عمر بن عبد العزيز: عليه تكبيرتان. وهو قول حماد بن أبي سليمان، والظاهر أنهما أرادا أن الأولى له أن يكبر تكبيرتين، فلا يكون قولهما مخالفا لقول الجماعة، فإن عمر بن عبد العزيز قد نقل عنه أنه كان ممن لا يتم التكبير، ولأنه قد نقلت تكبيرة واحدة عن زيد بن ثابت وابن عمر، ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف.

فيكون ذلك إجماعا، ولأنه اجتمع واجبان من جنس في محل واحد، وأحدهما ركن، فسقط به الآخر، كما لو طاف الحاج طواف الزيارة عند خروجه من مكة أجزأه عن طواف الوداع. وقال القاضي: إن نوى بالتكبير الإحرام وحده أجزأه، وإن نوى به الإحرام والركوع، فظاهر كلام أحمد أنه لا يجزئه؛ لأنه شرك بين الواجب وغيره في النية، فأشبه ما لو عطس عند رفع رأسه من الركوع، فقال: ربنا ولك الحمد، ينويها. وقال: ونص أحمد في هذا أنه لا يجزئه. وهذا القول يخالف نصوص أحمد، فلا يعول عليه، وقد قال في رواية ابنه صالح، فيمن جاء به والإمام راكع: كبر تكبيرة واحدة.

قيل له: ينوي بها الافتتاح؟ قال: نوى أو لم ينو، أليس قد جاء وهو يريد الصلاة؟ ولأن نية الركوع لا تنافي نية الافتتاح، ولهذا حكمنا بدخوله في الصلاة بهذه النية، فلم تؤثر نية الركوع في فسادها؛ ولأنه واجب يجزئ عنه وعن غيره إذا نواه، فلم يمنع صحة نية الواجبين، كما لو نوى بطواف الزيارة له وللوداع، ولا يجوز ترك نص الإمام ومخالفته ب قياس ما نصه في موضع آخر، كما لا يترك نص كتاب الله تعالى ورسوله ب قياس، والمستحب تكبيرة نص عليه أحمد قال أبو داود: قلت لأحمد يكبر مرتين أحب إليك؟ قال: إن كبر تكبيرتين، ليس فيه اختلاف.." (١)

"كما نقل الإمام، وفي حديث ابن أبي أوفى «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: سمع الله لمن حمده، اللهم ربنا لك الحمد» ، وكذلك في حديث بريدة؛ فاستحب الاقتداء به في القولين، وقال

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٦٣

الشافعي: السنة أن يقول: ربنا لك الحمد؛ لأن الواو للعطف، وليس هاهنا شيء يعطف عليه.

ولنا أن السنة الاقتداء بالنبي – صلى الله عليه وسلم – ولأن إثبات الواو أكثر حروفا، ويتضمن الحمد مقدرا ومظهرا، فإن التقدير: ربنا حمدناك ولك الحمد. فإن الواو لما كانت للعطف ولا شيء هاهنا تعطف عليه ظاهرا، دلت على أن في الكلام مقدرا، كقوله: " سبحانك اللهم وبحمدك "، أي وبحمدك سبحانك، وكيفما قال جاز، وكان حسنا؛ لأن كلا قد وردت السنة به.

[مسألة لا يشرع للمأموم قول سمع الله لمن حمده]

(٧٠٨) مسألة: قال: (فإن كان مأموما، لم يزد على قول: ربنا ولك الحمد) لا أعلم في المذهب خلافا أنه لا يشرع للمأموم قول: " سمع الله لمن حمده "، وهذا قول ابن مسعود، وابن عمر، وأبي هريرة، والشعبي، ومالك، وأصحاب الرأي، وقال ابن سيرين، وأبو بردة، وأبو يوسف، ومحمد، والشافعي، وإسحاق: يقول ذلك كالإمام؛ لحديث بريدة، ولأنه ذكر شرع للإمام فيشرع للمأموم، كسائر الأذكار. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده، فقولوا: ربنا ولك الحمد» .

وهذا يقتضي أن يكون قولهم " ربنا ولك الحمد " عقيب قوله " سمع الله لمن حمده " بغير فصل؛ لأن الفاء للتعقيب، وهذا ظاهر يجب تقديمه على ال قياس، وعلى حديث بريدة، لأن هذا صحيح مختص بالمأموم، وحديث بريدة في إسناده جابر الجعفي، وهو عام، وتقديم الصحيح الخاص أولى، فأما قول: " ملء السماء " وما بعده، فظاهر المذهب أنه لا يسن للمأموم، نص عليه أحمد في رواية أبي داود وغيره، وهو قول أكثر الأصحاب؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – اقتصر على أمرهم بقول: " ربنا ولك الحمد ". فدل على أنه لا يشرع في حقهم سواه. ونقل الأثرم عن أحمد كلاما يدل على أنه مسنون، قال: وليس يسقط خلف الإمام عنه غير: " سمع الله لمن حمده ". وهذا اختيار أبي الخطاب، ومذهب الشافعي؛ لأنه ذكر مشروع في الصلاة، أشبه سائر الأذكار.

[فصل موضع قول ربنا ولك الحمد]

فصل: وموضع قول: " ربنا ولك الحمد " في حق الإمام والمنفرد، بعد الاعتدال من الركوع؛ لأنه في حال رفعه يشرع في حقه قول: " سمع الله لمن حمده "، فأما المأموم ففي حال رفعه؛ لأن قول النبي – صلى

الله عليه وسلم -: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده. فقولوا: ربنا ولك الحمد» . يقتضي تعقيب قول الإمام قول." [1]

"الركعة؟ فيه روايتان. فأما إن سبقه بركعتين فركع قبله، فلما أراد أن يركع رفع، فلما أراد أن يرفع سجد عمدا، بطلت صلاته؛ لأنه لم يقتد بإمامه في أكثر الركعة. وإن فعله سهوا، لم تبطل صلاته؛ لأنه معذور. ولم يعتد بتلك الركعة؛ لعدم اقتدائه بإمامه فيها.

[فصل سبق الإمام المأموم بركن كامل]

(٧٣٧) فصل: فإن سبق الإمام المأموم بركن كامل؛ مثل أن ركع ورفع قبل ركوع المأموم، لعذر من نعاس أو زحام أو عجلة الإمام، فإنه يفعل ما سبق به، ويدرك إمامه، ولا شيء عليه. نص عليه أحمد. قال المروذي: قلت لأبي عبد الله: الإمام إذا سجد، فرفع رأسه قبل أن أسجد؟ قال: إن كانت سجدة واحدة فأتبعه إذا رفع رأسه. وهذا لا أعلم فيه خلافا. وإن سبقه بركعة كاملة أو أكثر، فإنه يتبع إمامه، ويقضي ما سبقه الإمام به.

قال أحمد، في رجل نعس خلف الإمام حتى صلى ركعتين؟ قال: كأنه أدرك ركعتين، فإذا سلم الإمام صلى ركعتين، وإن سبقه بأكثر من ركن، وأقل من ركعة، ثم زال عذره، فالمنصوص عن أحمد أنه يتبع إمامه، ولا يعتد بتلك الركعة؛ فإنه قال في رجل ركع إمامه وسجد وهو قائم لا يشعر، ولم يركع حتى سجد الإمام، فقال: يسجد معه، ويأتي بركعة مكانها. وقال المروذي: قلت لأبي عبد الله: الإمام إذا سجد ورفع رأسه قبل أن أسجد؟ قال: إن كانت سجدة واحدة فاتبعه إذا رفع رأسه، وإن كان سجدتان فلا يعتد بتلك الركعة. وظاهر هذا أنه متى سبقه بركعتين بطلت تلك الركعة.

وإن سبقه بأقل من ذلك فعله وأدرك إمامه. وقال أصحابنا، فيمن زحم عن السجود يوم الجمعة: ينتظر زوال الزحام ثم يسجد ويتبع الإمام، ما لم يخف فوات الركوع في الثانية مع الإمام. وهذا يقتضي أنه يفعل ما فاته، وإن كان أكثر من ركن واحد. وهذا قول الشافعي «؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعله بأصحابه في صلاة عسفان، حين أقامهم خلفه صفين، فسجد بالصف الأول، والصف الثاني قائم، حتى قام النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى الثانية، فسجد الصف الثاني، ثم تبعه» . وكان ذلك جائزا للعذر. فهذا مثله. وقال مالك: إن أدركهم المسبوق في أول سجودهم سجد معهم، واعتد بها. وإن علم أنه لا يقدر على

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٦٧

الركوع، وأدركهم في السجود حتى يستووا قياما، فليتبعهم فيما بقي من صلاتهم، ثم يقضي ركعة، ثم يسجد للسهو، ونحوه، قال الأوزاعي: ولم يجعل عليه سجدتي السهو.

والأولى في هذا، والله أعلم، ما كان على قياس فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – في صلاة الخوف؛ فإن ما لا نص فيه يرد إلى أقرب الأشياء به من المنصوص عليه. وإن فعل ذلك لغير عذر بطلت صلاته؛ لأنه ترك الائتمام بإمامه عمدا، والله أعلم.

[مسألة جلسة الاستراحة في الصلاة]

(٧٣٨) مسألة: قال: (ثم يرفع رأسه مكبرا، ويقوم على صدور قدميه، معتمدا على ركبتيه)." [١]

"لو وجبت النية في السلام لوجب تعيينها، كتكبيرة الإحرام، ولأنها عبادة، فلم تجب النية للخروج منها، كسائر العبادات، و قياس الطرف الأخير على الطرف الأول غير صحيح؛ فإن النية اعتبرت في الطرف الأول، لينسحب حكمها على بقية الأجزاء، بخلاف الأخير، ولذلك فرق الطرفان في سائر العبادات.

قال بعض أصحابنا: ينوي بالتسليمتين معا الخروج من الصلاة. فإن نوى مع ذلك الرد على الملكين، وعلى من خلفه إن كان إماما، أو على الإمام ومن معه إن كان مأموما، فلا بأس. نص عليه أحمد، فقال: يسلم في الصلاة، وينوي بسلامه الرد على الإمام؛ لما روى مسلم، عن جابر بن سمرة، قال: «كنا إذا صلينا مع النبي – صلى الله عليه وسلم – قلنا: السلام عليكم السلام عليكم، فنظر إلينا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: ما شأنكم تشيرون بأيديكم كأنها أذناب خيل شمس، إذا سلم أحدكم فليلتفت إلى صاحبه ولا يومئ بيده» ، وفي لفظ «إنما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه، ثم يسلم على أخيه من على يمينه وشماله» وروى أبو داود. قال: «أمرنا النبي – صلى الله عليه وسلم – أن نرد على الإمام، وأن يسلم بعضنا على بعض.»

وهذا يدل على أنه يسن أن ينوي بسلامه على من معه من المصلين وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة. وقال أبو حفص بن المسلم – من أصحابنا –: ينوي بالأولى الخروج من الصلاة. وينوي بالثانية السلام على الحفظة والمأمومين، إن كان إماما، والرد على الإمام والحفظة، إن كان مأموما. وقال ابن حامد: إن نوى في السلام الرد على الملائكة أو غيرهم من الناس مع نية الخروج من الصلاة، فهل تبطل صلاته؟ على وجهين:

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٧٩

أحدهما تبطل؛ لأنه نوى السلام على آدمي، أشبه ما لو سلم على من لا يصلي معه والصحيح ما ذكرناه؛ فإن أحمد – رحمه الله –، قال في رواية يعقوب: يسلم للصلاة، وينوي في سلامه الرد على الإمام. رواها أبو بكر الخلال في كتابه. وق ا ل في رواية إسحاق بن هانئ: إذا نوى بتسليمه الرد على الحفظة أجزأه. وقال: أيضا: ينوي بسلامه الخروج من الصلاة. قيل له: فإن نوى الملكين، ومن خلفه؟ قال: لا بأس، والخروج من الصلاة نختار. وقد ذكرنا من الحديث ما يدل على مشروعية ذلك، والله أعلم.

[فصل ذكر الله تعالى والدعاء عقيب صلاته]

(٧٧٩) فصل: ويستحب ذكر الله تعالى، والدعاء عقيب صلاته، ويستحب من ذلك ما ورد به الأثر، مثل ما روى المغيرة، قال: «كان النبي – صلى الله عليه وسلم – يقول في دبر كل صلاة مكتوبة: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، وهو على كل شيء قدير، اللهم لا مانع لما أعطيت، ولا معطي لما منعت، ولا ينفع ذا الجد منك الجد» . متفق عليه.

وقال ثوبان: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا انصرف من صلاته استغفر ثلاثا،." (١)

"في أهل مصر، ما قالوا لرجل صلى خلف الإمام، وقرأ إمامه، ولم يقرأ هو: صلاته باطلة.

ولأنها قراءة لا تجب على المسبوق، فلا تجب على غيره، كقراءة السورة، يحققه أنها لو وجبت على غير المسبوق لوجبت على المسبوق، كسائر أركان الصلاة. فأما حديث عبادة، الصحيح، فهو محمول على غير المأموم، وكذلك حديث أبي هريرة، وقد جاء مصرحا به رواه الخلال، بإسناده عن جابر، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «كل صلاة لا يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج، إلا أن تكون وراء الإمام» وقد روي أيضا موقوفا عن جابر. وقول أبي هريرة: اقرأ بها في نفسك. من كلامه، وقد خالفه جابر، وابن الزبير، وغيرهما، ثم يحتمل أنه أراد: اقرأ بها في سكتات الإمام، أو في حال إسراره.

فإنه يروى أن النبي – صلى الله عليه وسلم –. قال: «إذا قرأ الإمام فأنصتوا» ، والحديث الآخر، وحديث عبادة الآخر، لم يروه غير ابن إسحاق. كذلك قاله الإم ا م أحمد، وقد رواه أبو داود، عن مكحول، عن نافع بن محمود بن الربيع الأنصاري. وهو أدنى حالا من ابن إسحاق. فإنه غير معروف من أهل الحديث و قياسهم يبطل بالمسبوق.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٠٠

[فصل المأموم قرأ بفاتحة الكتاب ثم سمع قراءة الإمام]

(٧٨٥) فصل: قال أبو داود: قيل لأحمد، - رحمه الله -: فإنه - يعني المأموم - قرأ بفاتحة الكتاب، ثم سمع قراءة الإمام؟ قال: يقطع إذا سمع قراءة الإمام، وينصت للقراءة. وإنما قال ذلك اتباعا لقول الله تعالى: ﴿وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا﴾ [الأعراف: ٢٠٤] ، ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «وإذا قرأ فأنصتوا» .

[فصل هل يستفتح المأموم ويستعيذ في الصلاة]

(٧٨٦) فصل: وهل يستفتح المأموم ويستعيذ؟ ينظر إن كان في حقه قراءة مسنونة، وهو في الصلوات التي يسر فيها الإمام، أو التي فيها سكتات يمكن فيها القراءة، استفتح المأموم واستعاذ، وإن لم يسكت أصلا، فلا يستفتح ولا يستعيذ، وإن سكت قدرا يتسع للافتتاح فحسب، استفتح ولم يستعذ. قال ابن منصور: قلت لأحمد: سئل سفيان أيستعيذ الإنسان خلف الإمام؟ قال: إنما يستعيذ من يقرأ.

قال أحمد: صدق. وقال أحمد أيضا: إن كان ممن يقرأ خلف الإمام قال الله تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨] . وذكر بعض أصحابنا أنه فيه روايات أخرى، أنه يستفتح ويستعيذ في حال جهر الإمام؛ لأن سماعه لقراءة الإمام قام مقام قراءته، بخلاف الاستفتاح والاستعاذة. والصحيح ما ذكرناه

[مسألة الاستحباب أن يقرأ في سكتات الإمام]

(٧٨٧) مسألة: قال: الاستحباب أن يقرأ في سكتات الإمام، وفيما لا يجهر فيه هذا قول أكثر أهل العلم، كان ابن مسعود، وابن عمر، وهشام بن عامر يقرءون وراء الإمام." [١]

"فقالت امرأة من النساء: واروا عنا عورة قارئكم. فاشتروا لي قميصا عمانيا، فما فرحت بشيء بعد الإسلام فرحي به.» ورواه أبو داود،، والنسائي أيضا، عن عاصم الأحول، عن عمرو بن سلمة، قال: «فكنت أؤمهم في بردة موصلة فيها فتق، فكنت إذا سجدت فيها خرجت استي» .

وهذا ينتشر ولم ينكر، ولا بلغنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنكره ولا أحد من أصحابه؛ ولأن ما صحت الصلاة مع كثيره حال العذر، فرق بين قليله وكثيره في غير حال العذر، كالمشي، ولأن الاحتراز من

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٠٥

اليسير يشق، فعفي عنه كيسير الدم. إذا ثبت هذا فإن حد الكثير ما فحش في النظر، ولا فرق في ذلك بين الفرجين وغيرهما. واليسير ما لا يفحش، والمرجع في ذلك إلى العادة، إلا أن المغلظة يفحش منها ما لا يفحش من غيرها، فيعتبر ذلك في المانع من الصلاة.

وقال أبو حنيفة: إن انكشف من المغلظة قدر الدرهم أو من المخففة أقل من ربعها، لم تبطل الصلاة. وإن كان أكثر، بطلت. ولنا، أن هذا شيء لم يرد الشرع بتقديره، فرجع فيه إلى العرف، كالكثير من العمل في الصلاة، والتفرق والإحراز، والتقدير بالتحكم من غير دليل لا يسوغ.

[فصل انكشفت عورته عن غير عمد في الصلاة فسترها في الحال]

(٨٠٦) فصل: فإن انكشفت عورته عن غير عمد، فسترها في الحال، من غير تطاول الزمان، لم تبطل؛ لأنه يسير من الزمان، أشبه اليسير في القدر. وقال التميمي في "كتابه ": إن بدت عورته وقتا واستترت وقتا، فلا إعادة عليه؛ لحديث عمرو بن سلمة. ولم يشترط اليسير، ولا بد من اشتراطه؛ لأن الكثير يفحش انكشاف العورة فيه، ويمكن التحرز منه، فلم يعف عنه، كالكثير من القدر.

[مسألة كان على عاتقه شيء من اللباس في الصلاة]

(٨٠٧) مسألة: قال: إذا كان على عاتقه شيء من اللباس وجملة ذلك، أنه يجب أن يضع المصلي على عاتقه شيئا من اللباس، إن كان قادرا على ذلك. وهو قول ابن المنذر. وحكي عن أبي جعفر، أن الصلاة لا تجزئ من لم يخمر منكبيه. وقال أكثر الفقهاء: لا يجب ذلك، ولا يشترط لصحة الصلاة. وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأنهما ليسا بعورة، فأشبها بقية البدن. ولنا، ما روى أبو هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لا يصلي الرجل في الثوب الواحد، ليس على عاتقه منه شيء» . رواه البخاري، ومسلم، وأبو داود، وابن ماجه، وغيرهم.

وهذا نهي يقتضي التحريم، ويقدم على ال قياس. وروى أبو داود، عن بريدة، قال: «نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يصلي في لحاف لا يتوشح به وأن يصلي في سراويل، ليس عليه رداء» . ويشترط ذلك لصحة الصلاة في ظاهر المذهب، لأنه منهي عن تركه في الصلاة، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنها سترة واجبة في الصلاة، والإخلال بها يفسدها، كستر العورة. وذكر القاضي، أنه نقل عن أحمد، ما يدل على أنه ليس بشرط، وأخذه من رواية مثنى بن جامع، عن أحمد فيمن صلى وعليه سراويل، وثوبه

على إحدى عاتقيه، والأخرى مكشوفة: يكره. قيل له: يؤمر أن يعيد؟ فلم ير عليه إعادة. وهذا يحتمل أنه لم ير." (١)

"[فصل المستحب أن تصلي المرأة في درع]

(٨٣٥) فصل: والمستحب أن تصلي المرأة في درع - وهو القميص، لكنه سابغ يغطي قدميها -، وخمار - يغطي رأسها وعنقها -، وجلباب - وهو الملحفة، تلتحف به من فوق الدرع -؛ روي نحو ذلك عن عمر، وابنه، وعائشة، وعبيدة السلماني، وعطاء، وهو قول الشافعي. قال أحمد: قد اتفق عامتهم على الدرع والخمار، وما زاد فهو خير وأستر، ولأنه إذا كان عليها جلباب، فإنها تجافيه راكعة وساجدة؛ لئلا تصفها ثيابها، فتبين عجيزتها، ومواضع عوراتها المغلظة.

[فصل يجزئها من اللباس الستر الواجب]

(٨٣٦) فصل: ويجزئها من اللباس الستر الواجب على ما بينا بحديث «أم سلمة، أنها سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أتصلي المرأة في درع وخمار، ليس عليها إزار؟ قال: نعم، إذا كان الدرع سابغا يغطي ظهور قدميها» . وقد روي عن ميمونة، وأم سلمة، أنهما كانتا تصليان في درع وخمار، ليس عليهما إزار. رواه مالك، في الموطأ. وقال أحمد: قد اتفق عامتهم على الدرع والخمار. ولأنها سترت ما يجب عليها ستره، فأجزأتها صلاتها كالرجل.

[فصل فإن انكشف من المرأة شيء يسير من غير الوجه والكفين الصلاة]

(٨٣٧) فصل: فإن انكشف من المرأة شيء يسير من غير الوجه والكفين فلا أعلم فيها قولا صحيحا صريحا. وظاهر قول الخرقي " إذا انكشف من المرأة الحرة شيء سوى وجهها وكفيها أعادت " يقتضي بطلان الصلاة بانكشاف اليسير؛ لأنه شيء، يمكن حمل ذلك على الكثير، لما قررنا في عورة الرجل أنه يعفى فيها عن اليسير. فكذا هاهنا. ولأنه يشق التحرز من اليسير، فعفي عنه قياسا على يسير عورة الرجل.

[فصل يكره أن تنتقب المرأة وهي تصلي]

(٨٣٨) فصل: ويكره أن تنتقب المرأة وهي تصلي لأنه يخل بمباشرة المصلى بجبهتها وأنفها، ويجري مجرى تغطية الفم للرجل، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عنه. قال ابن عبد البر وقد أجمعوا

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤١٥

على أن على المرأة أن تكشف وجهها في الصلاة والإحرام.

[فصل صلاة الأمة مكشوفة الرأس]

(٨٣٩) فصل: قال: وصلاة الأمة مكشوفة الرأس جائزة هذا قول عامة أهل العلم. لا نعلم أحدا خالف في هذا إلا الحسن، فإنه من بين أهل العلم أوجب عليها الخمار إذا تزوجت، أو اتخذها الرجل لنفسه، واستحب لها عطاء أن تقنع إذا صلت، ولم يوجبه. ولنا، أن عمر – رضي الله عنه – ضرب أمة لآل أنس رآها متقنعة، وقال: اكشفي رأسك،." (١)

"إحداهما يتمها.

وقال طاوس والحسن والشافعي وأبو ثور: يتم صلاته، ويقضي الفائتة لا غير. ولنا على وجوب الإعادة، حديث ابن عمر، وحديث أبي جمعة، ولأنه ترتيب واجب، فوجب اشتراطه لصحة الصلاة، كترتيب المجموعتين. ولنا على أنه يتم الصلاة قوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ [محمد: ٣٣] . وحديث ابن عمر، وحديث أبي جمعة أيضا، قال: يتعين حمله على أنه ذكرها وهو في الصلاة، فإنه لو نسيها حتى يفرغ من الصلاة لم يجب قضاؤها، ولأنها صلاة ذكر فيها فائتة، فلم تفسد كما لو كان مأموما، فإن ظاهر المذهب أنه يمضي فيها. قال أبو بكر: لا يختلف كلام أحمد، إذا كان وراء الإمام، أنه يمضي مع الإمام، ويعيدهما جميعا ".

واختلف قوله إذا كان وحده، قال: والذي أقول، أنه يمضي، لأنه يشنع أن يقطع ما دخل فيه قبل أن يتمه، فإن مضى الإمام في صلاته بعد ذكره، انبنت صلاة المأمومين على ائتمام المفترض بالمتنفل، والأولى أن ذلك يصح؛ لما سنذكره فيما بعد، إن شاء الله تعالى. وإذا قلنا: يمضي في صلاته فليس ذلك بواجب فإن الصلاة تصير نفلا فلا يلزم ائتمامه. قال مهنا: قلت لأحمد: إني كنت في صلاة العتمة، فذكرت أني لم أكن صليت المغرب، فصليت العتمة، ثم أعدت المغرب والعتمة؟ قال: أصبت. فقلت: أليس كان ينبغي أن أخرج حين ذكرتها؟ قال: بلى. قلت: فكيف أصبت؟ قال: كل جائز.

[فصل ذكر صلاة وهو في أخرى]

(٨٤٦) فصل: وقول الخرقي: " ومن ذكر صلاة وهو في أخرى " يدل على أنه متى صلى ناسيا للفائتة أن

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٢/١

صلاته صحيحة وقد نص أحمد على هذا في رواية الجماعة، قال: متى ذكر الفائتة وقد سلم، أجزأته، ويقضي الفائتة. وقال مالك: يجب الترتيب مع النسيان. ولعل من يذهب إلى ذلك يحتج بحديث أبي جمعة وبال قياس على المجموعتين. ولنا، عموم قوله – صلى الله عليه وسلم – «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» . ولأن المنسية ليس عليها أمارة، فجاز أن يؤثر فيها النسيان، كالصيام.

وأما حديث أبي جمعة، فإنه من رواية ابن لهيعة، وفيه ضعف، ويحتمل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – ذكرها وهو في الصلاة. وأما المجموعتان فإنما لم يعذر بالنسيان؛ لأن عليهما أمارة، وهو اجتماع الجماعة، بخلاف مسألتنا، ولا فرق بين أن يكون قد سبق منه ذكر الفائتة أو لم يسبق منه لها ذكر، نص عليه أحمد؛ لعموم ما ذكرناه من الدليل، والله أعلم.." (١)

"[مسألة لا يسجد للتلاوة إلا وهو طاهر]

(٨٦١) مسألة: قال: (ولا يسجد إلا وهو طاهر) . وجملة ذلك، أنه يشترط للسجود ما يشترط لصلاة النافلة؛ من الطهارتين من الحدث والنجس، وستر العورة، واستقبال القبلة، والنية، ولا نعلم فيه خلافا. إلا ما روي عن عثمان بن عفان – رضي الله عنه – في الحائض تسمع السجدة، تومئ برأسها. وبه قال سعيد بن المسيب، قال، ويقول: اللهم لك سجدت. وعن الشعبي في من سمع السجدة على غير وضوء يسجد حيث كان وجهه.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور» . فيدخل في عمومه السجود. ولأنه صلاة فيشترط له ذلك، كذات الركوع، ولأنه سجود، فيشترط له ذلك كسجود السهو.

(٨٦٢) فصل: وإذا سمع السجدة غير متطهر، لم يلزمه الوضوء ولا التيمم. وقال النخعي: يتيمم، ويسجد. وعنه: يتوضأ، ويسجد. وبه قال الثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي. ولنا أنها تتعلق بسبب، فإذا فات لم يسجد كما لو قرأ سجدة في الصلاة، فلم يسجد، فإنه لا يسجد بعدها.

[مسألة يكبر إذا سجد إذا سجد للتلاوة]

(٨٦٣) مسألة: قال: (ويكبر إذا سجد) وجملة ذلك، أنه إذا سجد للتلاوة فعليه التكبير للسجود والرفع منه، سواء كان في صلاة أو في غيرها. وبه قال ابن سيرين والحسن، وأبو قلابة، والنخعي، ومسلم بن يسار، وأبو عبد الرحمن السلمي، والشافعي، وإسحاق وأصحاب الرأي. وقال مالك: إذا كان في صلاة. واختلف

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٣٦

عنه إذا كان في غير صلاة. ولنا، ما روى ابن عمر، قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقرأ علينا القرآن، فإذا مر بالسجدة كبر وسجد وسجدنا معه.» قال عبد الرزاق: كان الثوري يعجبه هذا الحديث. قال أبو داود: يعجبه لأنه كبر. رواه أبو داود، ولأنه سجود منفرد، فشرع له التكبير في ابتدائه، والرفع منه كسجود السهو بعد السلام. وقد صح عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه كبر فيه للسجود والرفع. ولم يذكر الخرقي التكبير للرفع. وقد ذكره غيره من أصحابنا، وهو ال قياس كما ذكرنا. ولا يشرع في ابتداء السجود أكثر من تكبيرة. قال: يكبر للافتتاح واحدة، وللسجود أخرى. ولنا حديث ابن عمر، وظاهره أن يكبر واحدة، و قياسه على سجود السهو بعد السلام. .

[فصل يرفع يديه مع تكبيرة سجود التلاوة]

(٨٦٤) فصل: ويرفع يديه مع تكبيرة السجود إن سجد. في غير صلاة. وهو قول الشافعي؛ لأنها تكبيرة افتتاح، وإن كان السجود في الصلاة، فنص أحمد على أنه يرفع يديه لأنه يسن له الرفع لو كان منفردا." (١)

"فكذلك مع غيره. قال القاضي: و قياس المذهب لا يرفع؛ لأن محل الرفع في ثلاثة مواضع، ليس هذا منها، ولأن في حديث ابن عمر: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان لا يفعله في السجود. يعني رفع يديه» ، وهو حديث متفق عليه واحتج أحمد بما روى وائل بن حجر، قال: «قلت لأنظرن إلى صلاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. فكان يكبر إذا خفض ورفع، ويرفع يديه في التكبير.» قال أحمد: هذا يدخل في هذا كله، وهو قول مسلم بن يسار، ومحمد بن سيرين.

[فصل يقول في سجوده للتلاوة ما يقول في سجود الصلاة]

(٨٦٥) فصل: ويقول في سجوده ما يقول في سجود الصلاة قال أحمد: أما أنا فأقول سبحان ربي الأعلى. وقد روت عائشة – رضي الله عنها –: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يقول في سجود القرآن بالليل: سجد وجهي للذي خلقه وصوره، وشق سمعه وبصره، بحوله وقوته.» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح

وروى الترمذي، وابن ماجه عن ابن عباس – رضي الله عنهما – قال: «جاء رجل إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: يا رسول الله، إني رأيتني الليلة أصلي خلف شجرة، فقرأت السجدة، فسجدت،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٤٤

فسجدت الشجرة لسجودي، فسمعتها وهي تقول: اللهم اكتب لي بها عندك أجرا، وضع عني بها وزرا، واجعلها لي عندك ذخرا، وتقبلها مني كما تقبلتها من عبدك داود. فقرأ النبي - صلى الله عليه وسلم - سجدة ثم سجد، فقال ابن عباس: فسمعته يقول مثل ما أخبره الرجل عن قول الشجرة.» قال الترمذي: وهذا حديث غريب. ومهما قال من ذلك ونحوه فحسن.

[مسألة التسليم في سجود التلاوة]

(٨٦٦) مسألة: قال: (ويسلم إذا رفع) اختلفت الرواية عن أحمد في التسليم في سجود التلاوة، فرأى أنه واجب. وبه قال أبو قلابة، وأبو عبد الرحمن وروي أنه غير واجب. قال ابن المنذر: قال أحمد، أما التسليم فلا أدري ما هو. قال النخعي، والحسن، وسعيد بن جبير، ويحيى بن وثاب: ليس فيه تسليم وروي ذلك عن أبي حنيفة. واختلف قول الشافعي فيه. ووجه الرواية التي اختارها الخرقي قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «تحريمها التكبير وتحليلها التسليم» ولأنها صلاة ذات إحرام، فافتقرت إلى سلام، كسائر الصلوات، ولا تفتقر إلى تشهد. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم؛ لأنه لم ينقل، ولأنه لا ركوع فيه، فلم يكن له تشهد كصلاة الجنازة. ويجزئه تسليمة واحدة.

نص عليه أحمد، في رواية حرب وعبد الله قال: يسلم تسليمة واحدة. قال القاضي: يجزئه رواية واحدة. قال إسحاق: يسلم عن يمينه فقط: السلام عليكم. وقال في المجرد، عن أبي بكر: إن فيه رواية أخرى؛ لا يجزئه إلا اثنتان.." (١)

"[مسألة لا يسجد في الأوقات التي لا يجوز أن يصلي فيها تطوعا]

(٨٦٧) مسألة: قال: (ولا يسجد في الأوقات التي لا يجوز أن يصلي فيها تطوعا.) قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عمن قرأ سجود القرآن بعد الفجر وبعد العصر، أيسجد؟ قال: لا وبهذا قال أبو ثور. وروي ذلك عن ابن عمر، وسعيد بن المسيب، وإسحاق. وكره مالك قراءة السجدة في وقت النهي. وعن أحمد رواية أخرى، أنه يسجد. وبه قال الشافعي. وروي ذلك عن الحسن، والشعبي، وسالم، والقاسم، وعطاء، وعكرمة؛

ورخص فيه أصحاب الرأي قبل تغير الشمس. ولنا، عموم قوله - عليه السلام -: «لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس» . وروى أبو داود عن أبي تميمة الهجيمي، قال:

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٤٥

كنت أقص بعد صلاة الصبح، فأسجد، فنهاني ابن عمر، فلم أنته، ثلاث مرات، ثم عاد فقال: «إني صليت خلف النبي - صلى الله عليه وسلم - ومع أبي بكر، وعمر، وعثمان، فلم يسجدوا حتى تطلع الشمس» . وروى الأثرم، عن عبد الله بن مقسم: أن قاصا كان يقرأ السجدة بعد العصر ويسجد، فنهاه ابن عمر، وقال: إنهم لا يعقلون.

[مسألة سجود التلاوة سنة مؤكدة]

(٨٦٨) مسألة: قال: (ومن سجد فحسن، ومن ترك فلا شيء عليه) وجملة ذلك أن سجود التلاوة سنة مؤكدة، وليس بواجب عند إمامنا ومالك، والأوزاعي، والليث، والشافعي، وهو مذهب عمر، وابنه عبد الله، وأوجبه أبو حنيفة وأصحابه. لقول الله عز وجل: ﴿فما لهم لا يؤمنون﴾ [الانشقاق: ٢٠] ﴿وإذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون﴾ [الانشقاق: ٢١] ولا يذم إلا على ترك واجب. ولأنه سجود يفعل في الصلاة، فكان واجبا كسجود الصلاة.

ولنا، ما روى زيد بن ثابت، قال: «قرأت على النبي - صلى الله عليه وسلم - النجم فلم يسجد منا أحد» . متفق عليه. ولأنه إجماع الصحابة. وروى البخاري، والأثرم عن عمر، أنه قرأ يوم الجمعة على المنبر بسورة النحل، حتى إذا جاء السجدة نزل، فسجد وسجد الناس، حتى إذا كانت الجمعة القابلة قرأ بها، حتى إذا جاءت السجدة قال: يا أيها الناس، إنما نمر بالسجود، فمن سجد فقد أصاب، ومن لم يسجد فلا إثم عليه. ولم يسجد عمر. وفي لفظ إن الله لم يفرض علينا السجود إلا أن نشاء. وفي رواية الأثرم، فقال: على رسلكم، إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء. فقرأها، ولم يسجد، ومنعهم أن يسجدوا
وهذا بحضرة الجمع الكثير، فلم ينكره أحد، ولا نقل خلافه. فأما الآية فإنه ذمهم لترك السجود غير معتقدين فضله، ولا مشروعيته، و قياسهم ينتقض بسجود السهو، فإنه عندهم غير واجب.

[فصل يسن السجود للتالي والمستمع]

(٨٦٩) فصل: ويسن السجود للتالي والمستمع لا نعلم في هذا خلافا. وقد دلت عليه الأحاديث التي رويناها. وقد روى البخاري، ومسلم، وأبو داود، عن ابن عمر، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقرأ علينا السورة." [١]

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٤٦

"في غير الصلاة، فيسجد، ونسجد معه، حتى لا يجد أحدنا مكانا لموضع جبهته» . فأما السامع غير القاصد للسماع فلا يستحب له، وروي ذلك عن عثمان، وابن عباس، وعمران وبه قال مالك.

وقال أصحاب الرأي: عليه السجود. وروي نحو ذلك عن ابن عمر، والنخعي، وسعيد بن جبير، ونافع، وإسحاق؛ لأنه سامع للسجدة، فكان عليه السجود كالمستمع. وقال الشافعي: لا أؤكد عليه السجود، وإن سجد فحسن

ولنا ما روي عن عثمان - رضي الله عنه -: أنه مر بقاص، فقرأ القاص سجدة ليسجد عثمان معه، فلم يسجد. وقال: إنما السجدة على من استمع. وقال ابن مسعود، وعمران: ما جلسنا لها. وقال سلمان: ما عدونا لها. ونحوه عن ابن عباس، ولا مخالف لهم في عصرهم نعلمه إلا قول ابن عمر: إنما السجدة على من سمعها. فيحتمل أنه أراد من سمع عن قصد، فيحمل عليه كلامه جمعا بين أقوالهم؛ ولا يصح قياس السامع على المستمع، لافتراقهما في الأجر ".

[فصل يشترط لسجود المستمع أن يكون التالي ممن يصلح أن يكون له إماما]

(٨٧٠) فصل: ويشترط لسجود المستمع أن يكون التالي ممن يصلح أن يكون له إماما. فإن كان صبيا أو امرأة، فلا يسجد السامع، رواية واحدة، إلا أن يكون ممن يصح له أن يأتم به. وممن قال لا يسجد إذا سمع المرأة قتادة، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وقال النخعي: هي إمامك. وقد روي «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أتى إلى نفر من أصحابه، فقرأ رجل منهم سجدة، ثم نظر إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: إنك كنت إمامنا، ولو سجدت سجدنا» . رواه الشافعي، في " مسنده "، والجوزجاني، في " المترجم "، عن عطاء، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وإن كان التالي أميا لم يسجد المستمع.

وقال الشافعي: يسجد؛ لأن الاستماع موجود، وهو سبب السجود. ولنا، الحديث الذي رويناه ولأنه إمام له فلم يسجد بدون إمامه كما لو كانا في صلاة وإن قرأ الأمي سجدة فعلى القارئ المستمع السجود معه لأن القراءة ليست بركن في السجود فإن كان التالي في صلاة، والمستمع في غير صلاة، سجد معه. وإن كان المستمع في صلاة أخرى لم يسجد معه إن كانت فرضا، رواية واحدة، وإن كانت نفلا فعلى روايتين، الصحيح أنه لا يسجد، ولا ينبغي له أن يستمع، بل يشتغل بصلاته. كما قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن في الصلاة لشغلا» . متفق عليه.

ولا يسجد إذا فرغ من الصلاة، وقال أبو حنيفة: يسجد عند فراغه، وليس بصحيح فإنه، لو ترك السجود

لتلاوته في الصلاة لم يسجد إذا فرغ، فلأن لا يسجد بحكم سماعه أولى، وهكذا الحكم إن كان التالي في غير صلاة والمستمع في الصلاة.." (١)

"[فصل لا يقوم الركوع مقام سجود التلاوة]

(٨٧١) فصل: ولا يقوم الركوع مقام السجود، وقال أبو حنيفة: يقوم مقامه استحبابا، لقوله تعالى: ﴿وخر راكعا وأناب﴾ [ص: ٢٤] ولنا، أنه سجود مشروع، فلا يقوم مقامه الركوع، كسجود الصلاة، والآية المراد بها السجود، لأنه قال: (وخر) ولا يقال للراكع: خر، وإنما روي عن داود - عليه السلام - السجود لا الركوع، إلا أنه عبر عنه بالركوع، على أن سجدة " ص " ليست من عزائم السجود ولو قدر أن داود ركع حقيقة لم يكن فيه حجة؛ لأن داود إنما فعل ذلك توبة، لا لسجود التلاوة

[فصل قرأ السجدة في الصلاة في آخر السورة]

(٨٧٢) فصل: وإن قرأ السجدة في الصلاة في آخر السورة، فإن شاء ركع؛ وإن شاء سجد، ثم قام فركع نص عليه، قال ابن مسعود: إن شئت ركعت وإن شئت سجدت، وبه قال. الربيع بن خيثم، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ونحوه عن علقمة، وعمرو بن شرحبيل، ومسروق،. قال مسروق: قال عبد الله، إذا قرأ أحدكم سورة وآخرها سجدة، فليركع إن شاء وإن شاء فليسجد؛ فإن الركعة مع السجدة، وإن سجد فليقرأ إذا قام سورة، ثم ليركع. وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قرأ بالنجم فسجد فيها، ثم قام فقرأ سورة أخرى.

[فصل إذا كان على الراحلة في السفر جاز أن يومئ بالسجود حيث كان وجهه]

فصل:: وإذا كان على الراحلة في السفر، جاز أن يومئ بالسجود حيث كان وجهه كصلاة النافلة. فعل ذلك علي، وسعيد بن زيد، وابن عمر، وابن الزبير، والنخعي، وعطاء، وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه خلافا وقد روى أبو داود، عن ابن عمر «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قرأ عام الفتح سجدة، فسجد الناس كلهم، منهم الراكب والساجد في الأرض، حتى إن الراكب ليسجد على يده» . ولأنها لا تزيد على صلاة التطوع، وهي تفعل على الراحلة. وإن كان ماشيا سجد على الأرض، وبه قال أبو العالية، وأبو زرعة، وابن عمر، وابن جرير، وأصحاب الرأي، لما ذكرنا من الحديث وال قياس.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٤٧

وقال الأسود بن يزيد، وعطاء، ومجاهد: يومئ. وفعله علقمة، وأبو عبد الرحمن، وعلى ما حكاه أبو الحسن الآمدي في صلاة الماشي في التطوع، أنه يومئ فيها بالسجود، ولا يلزمه السجود بالأرض، ويكون هاهنا مثله.

[فصل يكره أن ينتزع الآيات التي فيها السجود فيقرأها ويسجد فيها]

(٨٧٤) فصل: يكره اختصار السجود وهو أن ينتزع الآيات التي فيها السجود فيقرأها ويسجد فيها. وكرهه الشعبي، والنخعي، والحسن، وإسحاق، ورخص فيه النعمان وصاحبه محمد وأبو ثور.." (١)

"[فصل نسي التشهد دون الجلوس له]

(٩٠٧) فصل: وإن نسي التشهد دون الجلوس له، فحكمه في الرجوع إليه حكم ما لو نسيه مع الجلوس؛ لأن التشهد هو المقصود. فأما إن نسي شيئا من الأذكار الواجبة، كتسبيح الركوع والسجود، وقول: رب اغفر لي بين السجدتين، وقول: ربنا ولك الحمد. فإنه لا يرجع إليه بعد الخروج من محله؛ لأن محل الذكر ركن قد وقع مجزئا صحيحا. فلو رجع إليه لكان زيادة في الصلاة، وتكرارا لركن، ثم يأتي بالذكر في ركوع أو سجود زائد غير مشروع، بخلاف التشهد، ولكنه يمضي ويسجد للسهو لتركه، قياسا على ترك التشهد.

الصورة الثانية: قام من السجدة الأولى، ولم يجلس للفصل بين السجدتين، فهذا قد ترك ركنين؛ جلسة الفصل، والسجدة الثانية. فلا يخلو من حالين: أحدهما، أن يذكر قبل الشروع في القراءة، فيلزمه الرجوع. وهذا قول مالك والشافعي ولا أعلم فيه مخالفا، فإذا رجع، فإنه يجلس جلسة الفصل، ثم يسجد السجدة الثانية، ثم يقوم إلى الركعة الأخرى. وقال بعض أصحاب الشافعي لا يحتاج إلى الجلوس؛ لأن الفصل قد حصل بالقيام. وليس بصحيح؛ لأن الجلسة واجبة، ولا ينوب عنها القيام كما لو عمد ذلك.

فأما إن كان جلس للفصل، ثم قام ولم يسجد فإنه يسجد، ولا يلزمه الجلوس. وقيل: يلزمه؛ ليأتي بالسجدة عن جلوس. ولا يصح؛ لأنه أتى بالجلسة، فلم تبطل بسهو بعدها كالسجدة الأولى، ويصير كأنه سجد عقيب الجلوس. فإن كان يظن أنه سجد سجدتين، وجلس جلسة الاستراحة، لم يجزه عن جلسة الفصل؛ لأنها هيئة، فلا تنوب عن الواجب، كما لو ترك سجدة من ركعة، ثم سجد للتلاوة. وهكذا الحكم في ترك ركن غير السجود مثل الركوع، أو الاعتدال عنه؛ فإنه يرجع إليه متى ذكره، قبل الشروع في قراءة الركعة الأخرى، فيأتي به، ثم بما بعده لأن ما أتى به بعده غير معتد به؛ لفوات الترتيب.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٤٨

الحال الثاني: ترك ركنا؛ إما سجدة، أو ركوعا، ساهيا، ثم ذكره بعد الشروع في قراءة الركعة التي تليها، بطلت الركعة التي ترك الركن منها، وصارت التي شرع في قراءتها مكانها. نص على هذا أحمد في رواية الجماعة قال، الأثرم: سألت أبا عبد الله عن رجل صلى ركعة، ثم قام ليصلي أخرى، فذكر أنه إنما سجد للركعة الأولى سجدة واحدة؟ فقال: إن كان أول ما قام قبل أن يحدث عمله للأخرى، فإنه، ينحط ويسجد، ويعتد بها. وإن كان أحدث عمله للأخرى، ألغى الأولى، وجعل هذه الأولى. قلت: يستفتح أو يجزئ الاستفتاح الأول؟ قال: لا يستفتح، ويجزئه الأول. قلت: فنسي سجدتين من ركعتين؟ قال: لا يعتد بتينك الركعتين، والاستفتاح ثابت. وهذا قول إسحاق.

وقال الشافعي: إذا ذكر الركن المتروك قبل السجود في الثانية، فإنه يعود إلى السجدة الأولى. وإن ذكره بعد سجوده في الثانية." (١)

"وقال الثوري وأصحاب الرأي: يسجد في الحال أربع سجدات. وقال الحسن بن صالح، فيمن نسي من كل ركعة سجدتيها: يسجد في الحال ثماني سجدات. وهذا فاسد؛ لأن ترتيب الصلاة شرط فيها، فلا يسقط بالنسيان، كما لو قدم السجود على الركوع ناسيا وإن لم يذكر حتى سلم، ابتدأ الصلاة؛ فإنه لم يبق له غير ركعة تنقص سجدة فإذا سلم بطلت أيضا. نص أحمد على بطلانها في رواية الأثرم، فحينئذ يستأنف الصلاة

[فصل ترك المصلي ركنا ثم ذكره ولم يعلم موضعه]

(٩٢٤) فصل: وإذا ترك ركنا، ثم ذكره ولم يعلم موضعه، بنى الأمر على أسوأ الأحوال، مثل أن يترك سجدة لا يعلم أمن الركعة. الرابعة أم من الركعة التي قبلها جعلها من التي قبلها؛ لأنه يلزمه حينئذ ركعة كاملة، ولو حسبها من الركعة الرابعة، أجزأته سجدة واحدة. فإن ترك سجدتين لا يعلم أمن الركعتين أم من ركعة، جعلهما من ركعتين ليلزمه ركعتان. وإن علم أنه ترك ركنا من ركعة هو فيها لا يعلم أركوع هو أم سجود، جعله ركوعا؛ ليلزمه الإتيان به وبما بعده.

وعلى قياس هذا، يأتي بما يتيقن به إتمام الصلاة لئلا يخرج منها وهو شاك فيها، فيكون مغرورا بها. وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - «لا غرار في صلاة ولا تسليم» . رواه أبو داود وقال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن تفسير هذا الحديث، فقال: أما أنا فأرى أن لا يخرج منها إلا على يقين، لا يخرج منها على

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٢

غرر حتى يتيقن أنها قد تمت، ولو ترك سجدة من الأولى فذكرها في التشهد، أتى بركعة وأجزأته وقد روى الأثرم، بإسناده عن الحسن في رجل - صلى الله عليه وسلم - صلى العصر أو غيرها، فنسي أن يركع في الثانية، حتى ذكر ذلك في الرابعة، قال: يمضي في صلاته ويتمها أربع ركعات، ولا يحتسب بالتي لم يركع فيها، ثم يسجد للوهم

[فصل شك في ترك ركن من أركان الصلاة وهو فيها هل أخل به أو لا]

(٩٢٥) فصل: وإن شك في ترك ركن من أركان الصلاة، وهو فيها - هل أخل به أو لا؟ - فحكمه حكم من لم يأت به، إماما كان أو منفردا؛ لأن الأصل عدمه وإن شك في زيادة توجب السجود، فلا سجود عليه؛ لأن الأصل عدمها فلا يجب السجود بالشك فيها. وإن شك في ترك واجب يوجب تركه سجود السهو فقال ابن حامد: لا سجود عليه؛ لأنه شك في سببه، فلم يلزمه بالشك، كما لو شك في الزيادة. وقال القاضي: يحتمل أن يلزمه السجود؛ لأن الأصل عدمه. ولو شك في عدد الركعات، أو في ركن ذكر في الصلاة لم يسجد؛ لأن السجود لزيادة أو نقص أو احتمال ذلك، ولم يوجد

[فصل سها سهوين أو أكثر من جنس]

(٩٢٦) فصل: إذا سها سهوين، أو أكثر من جنس، كفاه سجدتان للجميع. لا نعلم أحدا خالف فيه. وإن كان." (١)

"شبهه أعاد وممن تكلم بعد أن سلم، وأتم صلاته، الزبير، وابناه عبد الله وعروة، وصوبه ابن عباس ولا نعلم عن غيرهم في عصرهم خلافه. وفيه رواية ثانية أن الصلاة تفسد بكل حال. قال في رواية حرب: أما من تكلم اليوم وأجابه أحد أعاد الصلاة.

وهذه الرواية اختيار الخلال. وقال: على هذا استقرت الروايات عن أبي عبد الله بعد توقفه وهذا مذهب أصحاب الرأي؛ لعموم الأخبار في منع الكلام. وفيه رواية ثالثة أن الصلاة لا تفسد بالكلام في تلك الحال بحال سواء كان من شأن الصلاة، أو لم يكن، إماما كان أو مأموما. وهذا مذهب مالك، والشافعي؛ لأنه نوع من النسيان فأشبه المتكلم جاهلا، ولذلك تكلم النبي؛ - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه، وبنوا على صلاتهم، وتخرج فيه رواية رابعة، وهو أن المتكلم إن كان إماما تكلم لمصلحة الصلاة لم تفسد صلاته، وإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٠

تكلم غيره فسدت صلاته. ويأتي الكلام على الفرق بينهما فيما بعد، إن شاء الله تعالى.

القسم الثالث، أن يتكلم مغلوبا على الكلام، وهو ثلاثة أنواع: أحدها أن تخرج الحروف من فيه بغير اختياره، مثل أن يتثاءب، فيقول: هاه، أو يتنفس، فيقول: آه. أو يسعل، فينطق في السعلة بحرفين، وما أشبه هذا أو يغلط في القراءة، فيعدل إلى كلمة من غير القرآن، أو يجيئه البكاء فيبكي ولا يقدر على رده، فهذا لا تفسد صلاته نص عليه أحمد في الرجل يكون في الصلاة فيجيئه البكاء فيبكي، فقال: إذا كان لا يقدر على رده لا تفسد صلاته. وقال: قد كان عمر يبكي، حتى يسمع له نشيج. وقال مهنا: صليت إلى جنب أحمد فتثاءب خمس مرات، وسمعت لتثاؤبه: هاه هاه وهذا لأن الكلام هاهنا لا ينسب إليه، ولا يتعلق به حكم من أحكام الكلام.

وقال القاضي في من تثاءب، فقال آه آه: تفسد صلاته. وهذا محمول على من فعل ذلك غير مغلوب عليه؛ لما ذكرنا من فعل أحمد خلافه. والنوع الثاني أن ينام فيتكلم، فقد توقف أحمد عن الجواب فيه. وينبغي أن لا تبطل صلاته؛ لأن القلم مرفوع عنه. ولا حكم لكلامه، فإنه لو طلق أو أقر أو أعتق لم يلزمه حكم ذلك. النوع الثالث: أن يكره على الكلام فيحتمل أن يخرج على كلام الناسي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – جمع بينهما في العفو، بقوله – عليه الصلاة والسلام – «عفي لأمتي عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» وقال القاضي؛ هذا أولى بالعفو، وصحت الصلاة؛ لأن الفعل غير منسوب إليه، ولهذا لو أكره على إتلاف مال لم يضمنه ولو أتلفه ناسيا ضمنه والصحيح، إن شاء الله، أن هذا تفسد صلاته؛ لأنه أتى بما يفسد الصلاة عمدا، فأشبه ما لو أكره على صلاة الفجر أربعا، أو على أن يركع في كل ركعة ركوعين. ولا يصح قياسه على الناسي لوجهين:." (١)

"أحدهما أن النسيان يكثر، ولا يمكن التحرز منه بخلاف الإكراه، والثاني أنه لو نسي فزاد في الصلاة، أو نسي في كل ركعة سجدة، لم تفسد صلاته، ولم يثبت مثل هذا في الإكراه. القسم الرابع، أن يتكلم بكلام واجب، مثل أن يخشى على صبي أو ضرير الوقوع في هلكة، أو يرى حية ونحوها تقصد غافلا أو نائما أو يرى نارا يخاف أن تشتعل في شيء ونحو هذا، ولا يمكن التنبيه بالتسبيح. فقال أصحابنا: تبطل الصلاة بهذا.

وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لما ذكرنا في كلام المكره. ويحتمل أن لا تبطل الصلاة به. وهو ظاهر قول أحمد، – رحمه الله –؛ فإنه قال في قصة ذي اليدين: إنما كلم القوم النبي – صلى الله عليه وسلم –

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٧

حين كلمهم لأنه كان عليهم أن يجيبوه. فعلل صحة صلاتهم بوجوب الإجابة عليهم. وهذا متحقق هاهنا، وهذا ظاهر مذهب الشافعي. والصحيح عند أصحابه، أن الصلاة لا تبطل بالكلام في جميع هذه الأقسام، ووجه صحة الصلاة ہاهنا، أنه تكلم بكلام واجب عليه، أشبه كلام المجيب للنبي – صلى الله عليه وسلم –. القسم الخامس: أن يتكلم لإصلاح الصلاة ونذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى.

(٩٣٦) فصل: وكل كلام حكمنا بأنه لا يفسد الصلاة فإنما هو في اليسير منه، فإن كثر، وطال، أفسد الصلاة. وهذا منصوص الشافعي. وقال القاضي، في المجرد كلام الناسي إذا طال يعيد رواية واحدة. وقال في الجامع لا فرق بين القليل والكثير في ظاهر كلام أحمد لأن ما عفي عنه بالنسيان استوى قليله وكثيره كالأكل في الصيام. وهذا قول بعض الشافعية ولنا: أن دلالة أحاديث المنع من الكلام عامة تركت في اليسير بما ورد فيه الأخبار، فتبقى فيما عداه على مقتضى العموم، ولا يصح قياس الكثير على اليسير؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، وقد عفي عنه في العمل من غير جنس الصلاة بخلاف الكثير

[مسألة الإمام إذا تكلم لمصلحة الصلاة]

(٩٣٧) مسألة: قال إلا الإمام خاصة؛ فإنه إذا تكلم لمصلحة الصلاة لم تبطل صلاته ومن ذكر وهو في التشهد أنه قد ترك سجدة من ركعة فليأت بركعة بسجدتيها ويسجد للسهو. وجملته أن من سلم عن نقص من صلاته يظن أنها قد تمت، ثم تكلم ففيه ثلاث روايات: إحداهن أن الصلاة لا تفسد إذا كان الكلام في شأن الصلاة مثل الكلام في بيان الصلاة." (١)

"مثل كلام النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه في حديث ذي اليدين؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه تكلموا، ثم بنوا على صلاتهم، ولنا في رسول الله أسوة حسنة. والرواية الثانية: تفسد صلاتهم. وهو قول الخلال وصاحبه، ومذهب أصحاب الرأي؛ لعموم أحاديث النهي.

والثالثة: أن صلاة الإمام لا تفسد – لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان إماما، فتكلم وبنى على صلاته –، وصلاة المأمومين الذين تكلموا تفسد؛ فإنه لا يصح اقتداؤهم بأبي بكر وعمر – رضي الله عنهما – لأنهما تكلما مجيبين للنبي – صلى الله عليه وسلم – وإجابته واجبة عليهما، ولا بذي اليدين، لأنه تكلم سائلا عن نقص الصلاة، في وقت يمكن ذلك فيها، وليس بموجود في زماننا وهذه الرواية اختيار الخرقي واختص هذا بالكلام في شأن الصلاة؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه إنما تكلموا في شأنها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٨

فاختصت إباحة الكلام بورود النص؛ ل أن الحاجة تدعو إلى ذلك، دون غيره، فيمتنع قياس غيره عليه.
فأما من تكلم في صلب الصلاة من غير سلام، ولا ظن التمام، فإن صلاته تفسد؛ إماما كان أو غيره، لمصلحة الصلاة أو غيرها. وذكر القاضي في ذلك الروايات الثلاث، ويحتمله كلام الخرقي؛ لعموم لفظه، وهو مذهب الأوزاعي، فإنه قال: لو أن رجلا قال للإمام وقد جهر بالقراءة في العصر: إنها العصر لم تفسد صلاته ولأن الإمام قد تطرقه حال يحتاج إلى الكلام فيها، وهو ما لو نسي القراءة في ركعة فذكرها في الثانية، فقد فسدت عليه ركعة، فيحتاج أن يبدلها بركعة هي في ظن المأمومين خامسة ليس لهم موافقته فيها، ولا سبيل إلى إعلامهم بغير الكلام وقد شك في صلاته، فيحتاج إلى السؤال، فلذلك أبيح له الكلام.
ولم أعلم عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن صحابته ولا عن الإمام نصا في الكلام في غير الحال التي سلم فيها معتقدا تمام الصلاة، ثم تكلم بعد السلام، و قياس الكلام في صلب الصلاة عالما بها على هذه الحال ممتنع؛ لأن هذه حال نسيان، غير ممكن التحرز من الكلام فيها، وهي أيضا حال يتطرق الجهل إلى صاحبها بتحريم الكلام فيها، فلا يصح قياس ما يفارقها في هذين الأمرين عليها، ولا نص فيها، وإذا عدم النص وال قياس والإجماع، امتنع ثبوت الحكم؛ لأن إثباته يكون ابتداء حكم بغير دليل، ولا سبيل إليه.

[فصل الكلام المبطل للصلاة ما انتظم حرفين]
فصل: والكلام المبطل ما انتظم حرفين. هذا قول أصحابنا وأصحاب الشافعي لأن بالحرفين تكون كلمة كقوله: أب وأخ ودم. وكذلك الأفعال والحروف، ولا تنتظم كلمة من أقل من حرفين. ولو قال: لا. فسدت صلاته، لأنها حرفان لام وألف. وإن ضحك فبان حرفان. فسدت صلاته وكذلك وإن قهقه ولم يكن حرفان. وبهذا قال جابر بن عبد الله، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وقتادة،." (١)
"السحر أدخل فيها على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فإن كان في صلاة تنحنح، فكان ذلك إذني وإن لم يكن في صلاة أذن لي» . رواه الخلال بإسناده
واختلفت الرواية عن أحمد في كراهة تنبيه المصلي بالنحنحة في صلاته، فقال في موضع: لا تنحنح في الصلاة، قال النبي - صلى الله عليه وسلم - «إذا نابكم شيء في صلاتكم فليسبح الرجال، ولتصفق النساء» وروى عنه المروذي أنه كان يتنحنح ليعلمه أنه في صلاة وحديث علي يدل عليه، وهو خاص فيقدم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٩

على العام

[فصل البكاء والتأوه والأنين في الصلاة]

(٩٤١) فصل: فأما البكاء والتأوه والأنين الذي ينتظم منه حرفان فما كان مغلوبا عليه لم يؤثر على ما ذكرنا من قبل وما كان من غير غلبة فإن كان لغير خوف الله أفسد الصلاة، وإن كان من خشية الله، فقال أبو عبد الله بن بطة، في الرجل يتأوه في الصلاة: إن تأوه من النار فلا بأس. وقال أبو الخطاب: إذا تأوه، أو أن، أو بكى لخوف الله، لم تبطل صلاته.

قال القاضي: التأوه ذكر، مدح الله تعالى به إبراهيم - عليه الصلاة والسلام - فقال: ﴿إن إبراهيم لأواه حليم﴾ [التوبة: ١١٤] والذكر لا يفسد الصلاة، ومدح الباكين بقوله تعالى ﴿خروا سجدا وبكيا﴾ [مريم: ٥٨] وقال: ﴿ويخرون للأذقان يبكون﴾ [الإسراء: ١٠٩] وروي عن مطرف بن عبد الله بن الشخير عن أبيه، أنه قال: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي ولصدره أزيز كأزيز المرجل من البكاء» . رواه الخلال وقال عبد الله بن شداد: سمعت نشيج عمر وأنا في آخر الصفوف.

ولم أر عن أحمد في التأوه شيئا، ولا في الأنين، والأشبه بأصولنا أنه متى فعله مختارا أفسد صلاته؛ فإنه قال في رواية مهنا، في البكاء الذي لا يفسد الصلاة: إنه ما كان عن غلبة ولأن الحكم لا يثبت إلا بنص أو قياس أو إجماع والنصوص العامة تمنع من الكلام كله، ولم يرد في التأوه والأنين ما يخصهما ويخرجهما من العموم، والمدح على التأوه لا يوجب تخصيصه، كتشميت العاطس، ورد السلام، والكلمة الطيبة التي هي صدقة

[فصل أتى بذكر مشروع يقصد به تنبيه غيره في الصلاة]

(٩٤٢) فصل: إذا أتى بذكر مشروع يقصد به تنبيه غيره. فذلك ثلاثة أنواع: الأول مشروع في الصلاة، مثل أن يسهو إمامه فيسبح به ليذكره أو يترك إمامه ذكرا فيرفع المأموم صوته ليذكره أو يستأذن عليه إنسان في الصلاة أو يكلمه أو ينوبه شيء، فيسبح ليعلم أنه في صلاة، أو يخشى على إنسان الوقوع في شيء فيسبح به ليوقظه، أو يخشى أن يتلف شيئا، فيسبح." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤١

"[فصل إذا أرتج على الإمام في الفاتحة]

(٩٤٤) فصل: وإذا ارتج على الإمام في الفاتحة لزم من وراءه الفتح عليه، كما لو نسي سجدة لزمهم تنبيهه بالتسبيح. فإن عجز عن إتمام الفاتحة فله أن يستخلف من يصلي بهم؛ لأنه عذر، فجاز أن يستخلف من أجله، كما لو سبقه الحدث. وكذلك لو عجز في أثناء الصلاة عن ركن يمنع الائتمام، كالركوع أو السجود، فإنه يستخلف من يتم بهم الصلاة، كمن سبقه الحدث بل هذا أولى بالاستخلاف؛ لأن من سبقه الحدث قد بطلت صلاته، وهذا صلاته صحيحة فكان بالاستخلاف أولى.

وإذا لم يقدر على إتمام الفاتحة، فقال ابن عقيل: يأتي بما يحسن ويسقط عنه ما عجز عنه، وتصح صلاته لأن القراءة ركن عجز عنه في أثناء الصلاة، فسقط كالقيام، فأما المأموم فإن كان أميا عاجزا عن قراءة الفاتحة صحت صلاته أيضا وإن كان قارئا نوى مفارقته، وأتم وحده، ولا يصح له إتمام الصلاة خلفه لأن هذا قد صار حكمه حكم الأمي والصحيح أنه إذا لم يقدر على قراءة الفاتحة أن صلاته تفسد لأنه قادر على الصلاة بقراءتها فلم تصح صلاته بدون ذلك، لعموم قوله - عليه الصلاة والسلام - «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب» ولا يصح قياس هذا على الأمي لأن الأمي لو قدر على تعلمها قبل خروج الوقت، لم تصح صلاته بدونها، وهذا يمكنه أن يخرج فيسأل عما وقف عليه ويصلي، ولا قياسه على أركان الأفعال؛ لأن خروجه عن الصلاة لا يزيل عجزه عنها، ولا يأمن عود مثل ذلك لعجز بخلاف هذا.

النوع الثاني: ما لا يتعلق بتنبيه آدمي، إلا أنه لسبب من غير الصلاة، مثل أن يعطس فيحمد الله، أو تلسعه عقرب فيقول: بسم الله. أو يسمع، أو يرى ما يغمه فيقول: ﴿إنا لله وإنا إليه راجعون﴾ [البقرة: ١٥٦] أو يرى عجبا فيقول: سبحان الله. فهذا لا يستحب في الصلاة ولا يبطلها نص عليه أحمد في رواية الجماعة، في من عطس فحمد الله، لم تبطل صلاته وقال، في رواية مهنا، في من قيل له وهو يصلي: ولد لك غلام. فقال: الحمد لله أو قيل له: احترق دكانك قال: لا إله إلا الله أو ذهب كيسك: فقال لا حول ولا قوة إلا بالله فقد مضت صلاته ولو قيل: له مات أبوك. فقال ﴿إنا لله وإنا إليه راجعون﴾ [البقرة: ١٥٦] فلا يعيد صلاته. وذكر حديث علي حين أجاب الخارجي.

وهذا قول الشافعي، وأبي يوسف. وقال أبو حنيفة: تفسد صلاته لأنه كلام آدمي وقد روي عن أحمد مثل هذا؛ فإنه قال في من قيل له: ولد لك غلام. فقال: الحمد لله رب العالمين. أو ذكر مصيبة، فقال: ﴿إنا لله وإنا إليه راجعون﴾ [البقرة: ١٥٦] . قال يعيد الصلاة. وقال القاضي: هذا محمول على من قصد خطاب آدمي. ولنا ما روى عامر بن ربيعة، قال: «عطس شاب من الأنصار خلف رسول الله - صلى الله عليه

وسلم - وهو في الصلاة، فقال: الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، حتى يرضى ربنا، وبعدما يرضى من أمر." (١)

"صلى إلى المقبرة والحش فحكمه حكم المصلي فيهما إذا لم يكن بينه وبينهما حائل؛ لما روى أبو مرثد الغنوي، أنه سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا تصلوا إلى القبور، ولا تجلسوا إليها» . متفق عليه. وقال الأثرم: ذكر أحمد حديث أبي مرثد، ثم قال: إسناده جيد. وقال أنس: رآني عمر، وأنا أصلي إلى قبر، فجعل يشير إلي: القبر، القبر. قال القاضي: وفي هذا تنبيه على نظائره من المواضع التي نهي عن الصلاة فيها.

والصحيح أنه لا بأس بالصلاة إلى شيء من هذه المواضع إلا المقبرة؛ لأن قوله - عليه الصلاة والسلام - : «جعلت الأرض مسجدا» يتناول الموضع الذي يصلي فيه من هي في قبلته، و قياس ذلك على الصلاة إلى المقبرة لا يصح لأن النهي إن كان تعبدا غير معقول المعنى امتنع تعديته ودخول ال قياس فيه، وإن كان لمعنى مختص بها، وهو اتخاذ القبور مسجدا، والتشبه بمن يعظمها ويصلي إليها، فلا يتعداها الحكم؛ لعدم وجود المعنى في غيرها، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن من كان قبلكم كانوا يتخذون قبور أنبيائهم وصالحيهم مساجد ألا فلا تتخذوا القبور مساجد، إني أنهاكم عن ذلك» .

وقال: «لعنة الله على اليهود والنصارى، اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد» . يحذر ما صنعوا. متفق عليهما. فعلى هذا لا تصح الصلاة إلى القبور للنهي عنها، ويصح إلى غيرها لبقائها في عموم الإباحة وامتناع قياسها على ما ورد النهي فيه، والله أعلم. (٩٦٢) فصل: وإن صلى على سطح الحش أو الحمام أو عطن الإبل أو غيرها، فذكر القاضي أن حكمه حكم المصلي فيها؛ لأن الهواء تابع للقرار، فيثبت فيه حكمه، ولذلك لو حلف لا يدخل دارا، فدخل سطحها، حنث، ولو خرج المعتكف إلى سطح المسجد كان له ذلك؛ لأن حكمه حكم المسجد.

والصحيح، إن شاء الله، قصر النهي على ما تناوله، وأنه لا يعدى إلى غيره؛ لأن الحكم إن كان تعبديا فال قياس فيه ممتنع، وإن علل فإنما تعلل بكونه للنجاسة، ولا يتخيل هذا في سطحها. فأما إن بنى على طريق ساباطا أو أخرج عليه خروجا، فعلى قول القاضي: حكمه حكم الطريق، لما ذكره فيما تقدم.

وعلى قولنا، إن كان الساباط مباحا له، مثل أن يكون في درب غير نافذ بإذن أهله، أو مستحقا له، أو حدث الطريق بعده، فلا بأس بالصلاة عليه، وإن كان على طريق نافذ، فليس ذلك له، فيكون المصلي فيه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣

كالمصلي في الموضع المغصوب. على ما سنذكره إن شاء الله تعالى. وإن كان الساباط على نهر تجري فيه السفن، فهو كالساباط على الطريق،." [١]

"لأنها دم، ولم يرد من الشرع فيها طهارة، و قياسها على المني ممتنع، لكونها دما خارجا من الفرج، فأشبهت دم الحيض (٩٩٥) . فصل: ومن أمنى وعلى فرجه نجاسة نجس منيه؛ لإصابته النجاسة، ولم يعف عن يسيره لذلك. وذكر القاضي في المني من الجماع أنه نجس؛ لأنه لا يسلم من المذي. وقد ذكرنا فساد هذا. فإن مني النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما كان من جماع، وهو الذي وردت الأخبار بفركه، والطهارة لغيره إنما أخذت من طهارته، والله أعلم.

[مسألة البولة على الأرض يطهرها دلو من ماء]

(٩٩٦) مسألة: قال: (والبولة على الأرض يطهرها دلو من ماء) وجملة ذلك أن الأرض إذا تنجست بنجاسة مائعة، كالبول والخمر وغيرهما. فطهورها أن يغمرها بالماء، بحيث يذهب لون النجاسة وريحها. فما انفصل عنها غير متغير بها فهو طاهر. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تطهر الأرض حتى ينفصل الماء، فيكون المنفصل نجسا؛ لأن النجاسة انتقلت إليه، فكان نجسا، كما لو وردت عليه.

ولنا. ما روى أنس، قال: «جاء أعرابي، فبال في طائفة المسجد، فزجره الناس، فنهاهم النبي – صلى الله عليه وسلم – فلما قضى بوله أمر بذنوب من ماء فأهريق عليه» . وفي لفظ: فدعاه، فقال: " إن المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر، وإنما هي لذكر الله تعالى، والصلاة، وقراءة القرآن ". أو كما «قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وأمر رجلا فجاء بدلو من ماء فشنه عليه» . متفق عليه. ولولا أن المنفصل طاهر لكان قد أمر بزيادة تنجيسه؛ لأنه كان في موضع فصار في مواضع، وإنما أراد النبي – صلى الله عليه وسلم – تطهير المسجد.

فإن قيل: فقد روي عن ابن معقل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «خذوا ما بال عليه من التراب، وأهريقوا على مكانه ماء» . وروى أبو بكر بن عياش، عن سمعان، عن أبي وائل، عن عبد الله، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: فأمر به فحفر. قلنا: ليست هذه الزيادة في خبر متصل، قاله الخطابي. وحديث ابن معقل مرسل. قال أبو داود: ابن معقل لم يدرك النبي – صلى الله عليه وسلم –. وحديث سمعان منكر. قاله الإمام. وقال: ما أعرف سمعان. ولأن البلة الباقية في المحل بعد غسله طاهرة، وهي

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤/٢

بعض المنفصل، فكذلك المنفصل.

وقولهم: إن النجاسة انتقلت إليه. قلنا: بعد طهارتها، لأن الماء لو لم يطهرها لنجس بها حال ملاقاته لها، ولو نجس بها لما طهر المحل، ولكان الباقي منه في المحل نجسا. قال القاضي: إنما يحكم بطهارة المنفصل إذا نشفت النجاسة، وذهبت أجزاؤها، ولم يبق إلا أثرها، فإن كانت أجزاؤها باقية، طهر المحل، ونجس المنفصل.." (١)

"ولنا، إجماع الصحابة – رضي الله عنهم –، روي أن عمر – رضي الله عنه – صلى بالناس الصبح، ثم خرج إلى الجرف، فأهرق الماء، فوجد في ثوبه احتلاما، فأعاد ولم يعيدوا وعن محمد بن عمرو بن المصطلق الخزاعي، أن عثمان صلى بالناس صلاة الفجر، فلما أصبح وارتفع النهار فإذا هو بأثر الجنابة. فقال: كبرت والله، كبرت والله، فأعاد الصلاة، ولم يأمرهم أن يعيدوا. وعن علي، أنه قال: إذا صلى الجنب بالقوم فأتم بهم الصلاة آمره أن يغتسل ويعيد، ولا آمرهم أن يعيدوا. وعن ابن عمر، أنه صلى بهم الغداة، ثم ذكر أنه صلى بغير وضوء، فأعاد ولم يعيدوا. رواه كله الأثرم. وهذا في محل الشهرة

، ولم ينقل خلافه، فكان إجماعا، ولم يثبت ما نقل عن علي في خلافه، وعن البراء بن عازب أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا صلى الجنب بالقوم، أعاد صلاته، وتمت للقوم صلاتهم» . أخرجه أبو سليمان محمد بن الحسن الحراني، في " جزء ". ولأن الحدث مما يخفى، ولا سبيل للمأموم إلى معرفته من الإمام، فكان معذورا في الاقتداء به، ويفارق ما إذا كان على الإمام حدث نفسه؛ لأنه يكون مستهزئا بالصلاة فاعلا لما لا يحل. وكذلك إن علم المأموم، فإنه لا عذر له في الاقتداء به.

و قياس المعذور على غيره لا يصح، والحكم في النجاسة كالحكم في الحدث سواء؛ لأنها إحدى الطهارتين، فأشبهت الأخرى، ولأنها في معناها في خفائها على الإمام والمأموم، بل حكم النجاسة أخف، وخفاؤها أكثر، إلا أن في النجاسة رواية أخرى، أن صلاة الإمام تصح أيضا، إذا نسيها.

[فصل إذا علم بحدث نفسه في الصلاة أو علم المأمومون]

(١٠٠٥) فصل: إذا علم بحدث نفسه في الصلاة، أو علم المأمومون، لزمهم استئناف الصلاة. نص عليه. قال الأثرم: سألت أبا عبد الله، عن رجل صلى بقوم وهو غير طاهر، بعض الصلاة، فذكر؟ قال: يعجبني أن يبتدئوا الصلاة. قلت له: يقول لهم استأنفوا الصلاة؟ قال: لا، ولكن ينصرف ويتكلم، ويبتدئون هم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٧٠

الصلاة. وقال ابن عقيل: فيه عن أحمد، – رحمه الله – رواية أخرى، إذا علم المأمومون أنهم يبنون على صلاتهم.

وقال الشافعي: يبنون على صلاتهم، سواء علم بذلك، أو علم المأمومون؛ لأن ما مضى من صلاتهم صحيح، فكان لهم البناء عليه، كما لو قام إلى خامسة فسبحوا به فلم يرجع. ولنا، أنه ائتم بمن صلاته فاسدة مع العلم منهما أو من أحدهما أشبه ما لو ائتم بامرأة. وإنما خولف هذا فيما إذا استمر الجهل منهما للإجماع، ولأن وجوب الإعادة على المأمومين حال استمرار الجهل يشق، لتفرقهم، بخلاف ما إذا علموا في الصلاة. وإن علم بعض المأمومين دون بعض، فالمنصوص أن صلاة الجميع تفسد، والأولى أن يختص البطلان بمن علم دون من جهل؛ لأنه معنى مبطل اختص به، فاختص بالبطلان، كحدث نفسه.." [1]

"(١٠٠٦) فصل: إذا اختل غير ذلك من الشروط في حق الإمام، كالستارة واستقبال القبلة، لم يعف عنه في حق المأموم؛ لأن ذلك لا يخفى غالبا، بخلاف الحدث والنجاسة. وكذا إن فسدت صلاته لترك ركن، فسدت صلاتهم. نص عليه أحمد، في من ترك القراءة، يعيد ويعيدون، وكذلك في من ترك تكبيرة الإحرام. (١٠٠٧) فصل: وإن فسدت لفعل يبطل الصلاة، فإن كان عن عمد، أفسد صلاة الجميع، وإن كان عن غير عمد، لم تفسد صلاة المأمومين.

نص عليه أحمد في الضحك أنه يبطل صلاة الإمام، ولا تفسد صلاة المأمومين، وعن أحمد في من سبقه الحدث روايتان: إحداهما، أن صلاة المأمومين تفسد لأنه أمر أفسد صلاة الإمام، فأفسد صلاة المأمومين كترك الشرط، وقد ثبت هذا الحكم في الشرط بما روي عن عمر – رضي الله عنه –، أنه صلى بالناس المغرب، فلم يسمعوا له قراءة، فلما قضى صلاته قالوا: يا أمير المؤمنين كأنك خفضت من صوتك: قال: وما سمعتم؟ قالوا: ما سمعنا لك قراءة. قال: فما قرأت في نفسي، شغلتني عير جهزتها إلى الشام. ثم قال: لا صلاة إلا بقراءة. ثم أقام، فأعاد وأعاد الناس.

والصحيح الأول؛ لأن عمر – رضي الله عنه – لما طعن وهو في الصلاة، أخذ بيد عبد الرحمن بن عوف فقدمه، فأتم بهم الصلاة، ولو فسدت صلاتهم للزمهم استئنافها، ولا يصح ال قياس على ترك الشرط؛ لأن الشرط آكد، بدليل أنه لا يعفى عنه بالنسيان بخلاف المبطل.

[فصل إذا سبق الإمام الحدث]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٧٤

(١٠٠٨) فصل: إذا سبق الإمام الحدث فله أن يستخلف من يتم بهم الصلاة، روي ذلك عن عمر وعلي، وعلقمة، وعطاء، والحسن، والنخعي، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي. وحكي عن أحمد رواية أخرى، أن صلاة المأمومين تبطل؛ لأن أحمد قال: كنت أذهب إلى جواز الاستخلاف، وجبنت عنه. وقال أبو بكر: تبطل صلاتهم، رواية واحدة؛ لأنه فقد شرط صحة الصلاة في حق الإمام، فبطلت صلاة المأموم، كما لو تعمد الحدث. ولنا، أن عمر - رضي الله عنه -، لما طعن أخذ بيد عبد الرحمن بن عوف فقدمه، فأتم بهم الصلاة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة وغيرهم ولم ينكره منكر، فكان إجماعا.

وقد احتج أحمد بقول عمر وعلي، وقولهما عنده حجة، فلا معدل عنه. وقول أحمد: جبنت عنه. إنما يدل على التوقف، وتوقفه مرة لا يبطل ما انعقد الإجماع عليه. وإذا ثبت هذا فإن للإمام أن يستخلف من يتم بهم الصلاة، كما فعل." (١)

"عمر - رضي الله عنه - وإن لم يستخلف فقدم المأمومون منهم رجلا فأتم بهم، جاز. وإن صلوا وحدانا جاز. قال الزهري، في إمام ينوبه الدم أو رعف أو يجد مذيا ينصرف، وليقل: أتموا صلاتكم. وقال الشافعي، في آخر قوليه: الاختيار أن يصلي القوم فرادى إذا كان ذلك. ولعل توقف أحمد إنما كان في الاستخلاف، لا في صحة صلاة المأمومين، فإنه قد نص على أن صلاة المأمومين لا تفسد بضحك الإمام، فهذا أولى.

وإن قدمت كل طائفة من المأمومين لهم إماما فصلى بهم، ف قياس المذهب جوازه، وهو مذهب الشافعي. وقال أصحاب الرأي: تفسد صلاتهم كلهم. ولنا، أن لهم أن يصلوا وحدانا. فكان لهم أن يقدموا رجلا، كحالة ابتداء الصلاة وإن قدم بعضهم رجلا، وصلى الباقون وحدانا، جاز.

(١٠٠٩) فصل: فأما الذي سبقه الحدث، فتبطل صلاته، ويلزمه استئنافها. قال أحمد: يعجبني أن يتوضأ ويستقبل. هذا قول الحسن وعطاء والنخعي ومكحول. وعن أحمد أنه يتوضأ، ويبني. وروي ذلك عن ابن عمر، وابن عباس؛ لما روي عن عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من قاء أو رعف في صلاته، فلينصرف، فليتوضأ، وليبن على ما مضى من صلاته» . وعنه، رواية ثالثة، إن كان الحدث من السبيلين ابتدأ، وإن كان من غيرهما بنى لأن حكم نجاسة السبيل أغلظ، والأثر إنما ورد بالبناء في الخارج من غير السبيل، فلا يلحق به ما ليس في معناه.

والصحيح الأول؛ لما روى علي بن طلق، قال قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا فسا أحدكم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٧٥

في صلاته، فلينصرف، فليتوضأ، وليعد صلاته» . رواه أبو داود، والأثرم. وعن علي بن أبي طالب، - رضي الله عنه - «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان قائما يصلي بهم، فانصرف، ثم جاء ورأسه يقطر، فقال: إني قمت بكم، ثم ذكرت أني كنت جنبا ولم أغتسل، فانصرفت فاغتسلت، فمن أصابه منكم مثل الذي أصابني، أو أصابه في بطنه رز، فلينصرف فليغتسل، أو ليتوضأ، وليستقبل صلاته» رواه الأثرم. ولأنه فقد شرط الصلاة في أثنائها على وجه لا يعود إلا بعد زمن طويل وعمل كثير، ففسدت صلاته، كما لو تنجس نجاسة يحتاج في إزالتها إلى مثل ذلك، أو انكشفت عورته ولم يجد السترة إلا بعيدة منه، أو تعمد الحدث، أو انقضت مدة المسح، وحديثهم ضعيف.

(١٠١٠) فصل: قال أصحابنا: يجوز أن يستخلف من سبق ببعض الصلاة، ولمن جاء بعد حدث الإمام، فيبني على ما مضى من صلاة الإمام من قراءة أو ركعة أو سجدة، ويقضي بعد فراغ صلاة المأمومين. وحكي هذا القول عن عمر وعلي، وأكثر من وافقهما في الاستخلاف. وفيه رواية أخرى، أنه مخير بين." [1]

"ولو تخلف إمام الحي من الصلاة لغيبة، أو مرض، أو عذر، وصلى غيره، وحضر إمام الحي في أثناء الصلاة، فتأخر الإمام، وتقدم إمام الحي، فبنى على صلاة خليفته، كما فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبو بكر، ففي ذلك وجهان: أحدهما، يجوز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعله، فيجوز لغيره أن يفعل مثل فعله. والثاني، لا يجوز؛ لاحتمال أن يكون ذلك خاصا بالنبي - صلى الله عليه وسلم - لعدم مساواة غيره له في الفضل.

[فصل إذا وجد المبطل في المأموم دون الإمام]

(١٠١٣) فصل: إذا وجد المبطل في المأموم دون الإمام، مثل أن يكون المأموم محدثا أو نجسا ولم يعلم بذلك إلا بعد فراغه من الصلاة، أو سبقه الحدث في أثناء الصلاة، أو ضحك أو تكلم أو ترك ركنا أو غير ذلك من المبطلات، ولم يكن مع الإمام من تنعقد به الصلاة سواه، فقياس المذهب أن حكمه كحكم الإمام معه على ما فصلناه؛ لأن ارتباط صلاة الإمام بالمأموم كارتباط صلاة المأموم بالإمام، فما فسد ثم فسد هاهنا، وما صح ثم صح هاهنا، والله أعلم.

[فصل رجلين أم أحدهما صاحبه فشم كل واحد منهما ريحا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٦/٢

(١٠١٤) فصل: قال أحمد، - رحمه الله -، في رجلين أم أحدهما صاحبه، فشم كل واحد منهما ريحا، أو سمع صوتا يعتقد أنه من صاحبه؛ وكل يقول ليس مني: يتوضآن جميعا، ويصليان؛ إنما فسدت صلاتهما لأن كل واحد منهما يعتقد فساد صلاة صاحبه، وأنه صار فذا، وهذا على الرواية التي تقول بفساد صلاة كل واحد من الإمام والمأموم بفساد صلاة صاحبه لكونه صار فذا. وعلى الرواية المنصورة، ينوي كل واحد منهما الانفراد، ويتم صلاته. ويحتمل أنه إنما قضى بفساد صلاتهما إذا أتما الصلاة على ما كان عليه من غير فسخ النية، فإن المأموم يعتقد أنه مؤتم بمحدث، والإمام يعتقد أنه يؤم محدثا.

وأما الوضوء فلعل الإمام أحمد، - رحمه الله -، إنما أراد بقوله: يتوضآن لتصح صلاتهما جماعة. إذ ليس لأحدهما أن يأتم بصاحبه أو يؤمه مع اعتقاد حدثه، ولعله أمر بذلك احتياطا، أما إذا صليا منفردين فإنه لا يجب الوضوء على واحد منهما؛ لأن يقين الطهارة موجود في كل واحد منهما، والحدث مشكوك فيه، فلا يزول اليقين بالشك. (١٠١٥) فصل: ونقل عن أحمد، - رحمه الله -، في إمام صلى بقوم، فشهد اثنان عن يمينه أنه أحدث، وأنكر الإمام وبقية." (١)

"وقد روي عن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه نام في دالية، فاستيقظ عند غروب الشمس، فانتظر حتى غابت الشمس ثم صلى. وعن كعب - أحسبه ابن عجرة - أنه نام حتى طلع قرن الشمس فأجلسه، فلما أن تعالت الشمس قال له: صل الآن.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من نام عن صلاة أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها» . متفق عليه. وفي حديث أبي قتادة: «إنما التفريط في اليقظة على من لم يصل الصلاة حتى يجيء وقت الأخرى، فمن فعل ذلك فليصلها حين ينتبه لها» . متفق عليه. وخبر النهي مخصوص بالقضاء في الوقتين الآخرين، وبعصر يومه، فنقيس محل النزاع على المخصوص، و قياسهم منقوض بذلك أيضا، وحديث أبي قتادة يدل على جواز التأخير، لا على تحريم الفعل.

[فصل طلعت الشمس وهو في صلاة الصبح]

(١٠١٧) فصل: ولو طلعت الشمس وهو في صلاة الصبح، أتمها. وقال أصحاب الرأي: تفسد؛ لأنها صارت في وقت النهي. ولنا، ما روى أبو هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر، قبل أن تغيب الشمس، فليتم صلاته، وإذا أدرك سجدة من صلاة الصبح

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٨/٢

قبل أن تطلع الشمس، فليتم صلاته» . متفق عليه. وهذا نص في المسألة، يقدم على عموم غيره.

[فصل فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي]

(١٠١٨) فصل: ويجوز فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي، سواء كان النذر مطلقا أو مؤقتا. وقال أبو حنيفة: لا يجوز، ويتخرج لنا مثله بناء على صوم الواجب في أيام التشريق. ولنا أنها صلاة واجبة، فأشبهت الفوائت من الفرائض وصلاة الجنازة، وقد وافقنا فيه فيما بعد صلاة العصر وصلاة الصبح.

[مسألة يركع للطواف]

(١٠١٩) مسألة: قال: (ويركع للطواف) يعني في أوقات النهي، وممن طاف بعد الصبح والعصر وصلى ركعتين ابن عمر، وابن الزبير، وعطاء، وطاوس، وفعله ابن عباس، والحسن، والحسين، ومجاهد، والقاسم بن محمد، وفعله عروة بعد الصبح، وهذا مذهب عطاء، والشافعي، وأبي ثور. وأنكرت طائفة ذلك، منهم أبو حنيفة، ومالك. واحتجوا بعموم أحاديث النهي.." (١)

"ولنا، ما روى جبير بن مطعم، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: يا بني عبد مناف، لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت، وصلى في أي ساعة شاء، من ليل أو نهار» . رواه الأثرم، والترمذي، وقال: حديث صحيح. ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولأن ركعتي الطواف تابعة له، فإذا أبيح المتبوع ينبغي أن يباح التبع، وحديثهم مخصوص بالفوائت، وحديثنا لا تخصيص فيه، فيكون أولى.

[مسألة الصلاة على الجنازة في أوقات النهي]

(١٠٢٠) مسألة: قال: (ويصلي على الجنازة) أما الصلاة على الجنازة بعد الصبح حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تميل للغروب، فلا خلاف فيه، قال ابن المنذر: إجماع المسلمين في الصلاة على الجنازة بعد العصر والصبح، وأما الصلاة عليها في الأوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بن عامر فلا يجوز. ذكرها القاضي، وغيره. قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن الصلاة على الجنازة إذا طلعت الشمس؟ قال: أما حين تطلع فما يعجبني. ثم ذكر حديث عقبة بن عامر. وقد روي عن جابر، وابن عمر نحو هذا القول، وذكره مالك في " الموطأ " عن ابن عمر.

وقال الخطابي: هذا قول أكثر أهل العلم. وقال أبو الخطاب، عن أحمد، رواية أخرى: إن الصلاة على

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨١

الجنازة تجوز في جميع أوقات النهي. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها صلاة تباح بعد الصبح والعصر، فأبيحت في سائر الأوقات، كالفرائض. ولنا، قول عقبة بن عامر: «ثلاث ساعات كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ينهانا أن نصلي فيهن، وأن نقبر فيهن موتانا» . وذكره للصلاة مقرونا بالدفن دليل على إرادة صلاة الجنازة.

ولأنها صلاة من غير الصلوات الخمس، فلم يجز فعلها في هذه الأوقات الثلاثة، كالنوافل المطلقة، وإنما أبيحت بعد الصبح والعصر لأن مدتهما تطول، فالانتظار يخاف منه عليها، وهذه مدتها تقصر، وأما الفرائض فلا يقاس عليها؛ لأنها آكد، ولا يصح قياس هذه الأوقات الثلاثة على الوقتين الآخرين، لأن النهي فيها آكد، وزمنها أقصر، فلا يخاف على الميت فيها، ولأنه نهي عن الدفن فيها، والصلاة المقرونة بالدفن تتناول صلاة الجنازة، وتمنعها القرينة من الخروج بالتخصيص، بخلاف الوقتين الآخرين. والله أعلم.

[مسألة كان في المسجد وأقيمت الصلاة وقد كان صلاها]

(١٠٢١) مسألة: قال: (ويصلي إذا كان في المسجد وأقيمت الصلاة وقد كان صلاها) . وجملته أن من صلى فرضه ثم أدرك تلك الصلاة في جماعة، استحب له إعادتها، أي صلاة كانت، بشرط أن تقام وهو في المسجد، أو يدخل المسجد وهم يصلون. وهذا قول الحسن، والشافعي، وأبي ثور. فإن أقيمت صلاة الفجر أو العصر وهو خارج المسجد، لم يستحب له الدخول. واشترط القاضي لجواز الإعادة في وقت النهي، أن يكون مع إمام الحي. ولم يفرق الخرقي بين إمام الحي وغيره، ولا بين." [١]

"وحكاه ابن أبي موسى، في " الإرشاد " مذهبا لأحمد، قياسا على الوتر، ولأن هذا الوقت لم يثبت النهي فيه صريحا، فكان حكمه خفيفا.

[فصل قضاء سنة الفجر بعدها]

(١٠٣٠) فصل: فأما قضاء سنة الفجر بعدها فجائز، إلا أن أحمد اختار أن يقضيهما من الضحى، وقال: إن صلاهما بعد الفجر أجزأ، وأما أنا فأختار ذلك. وقال عطاء، وابن جريج، والشافعي: يقضيهما بعدها؛ لما روي عن قيس بن فهد، قال: «رآني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأنا أصلي ركعتي الفجر بعد صلاة الفجر، فقال: ما هاتان الركعتان يا قيس؟ . قلت: يا رسول الله لم أكن صليت ركعتي الفجر، فهما

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨٢

هاتان» . رواه الإمام أحمد، وأبو داود، والترمذي. وسكوت النبي – صلى الله عليه وسلم – يدل على الجواز، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى سنة الظهر بعد العصر، وهذه في معناها، ولأنها صلاة ذات سبب، فأشبهت ركعتي الطواف. وقال أصحاب الرأي: لا يجوز؛ لعموم النهي، ولما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «من لم يصل ركعتي الفجر فليصلهما بعدما تطلع الشمس» . رواه الترمذي، وقال: لا نعرفه إلا من حديث عمرو بن عاصم. قال ابن الجوزي، – رحمه الله –: وهو ثقة، أخرج عنه البخاري. وكان ابن عمر يقضيهما من الضحى، وحديث قيس مرسل، قاله أحمد، والترمذي، لأنه يرويه محمد بن إبراهيم عن قيس، ولم يسمع منه، وروي من طريق يحيى بن سعيد عن جده، وهو مرسل أيضا، ورواه الترمذي، قال: «قلت يا رسول الله: إني لم أكن ركعت ركعتي الفجر. قال: فلا إذا» .

وهذا يحتمل النهي. وإذا كان الأمر هكذا كان تأخيرها إلى وقت الضحى أحسن؛ لنخرج من الخلاف، ولا نخالف عموم الحديث، وإن فعلها فهو جائز؛ لأن هذا الخبر لا يقصر عن الدلالة على الجواز. والله أعلم.

[فصل قضاء السنن الراتبة بعد العصر]

(١٠٣١) فصل: وأما قضاء السنن الراتبة بعد العصر، فالصحيح جوازه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – فعله، فإنه قضى الركعتين اللتين بعد الظهر بعد العصر في حديث أم سلمة، وقضى الركعتين اللتين قبل العصر بعدها في حديث عائشة، والاقتداء بما فعله النبي – صلى الله عليه وسلم – متعين. ولأن النهي بعد العصر خفيف؛ لما روي في خلافه من الرخصة، وما وقع من الخلاف فيه، وقول عائشة: إنه كان ينهى عنها معناه – والله أعلم – أنه نهى عنها لغير هذا السبب، أو أنه كان يفعلها على الدوام، وينهى عن ذلك. وهذا مذهب الشافعي. ومنعه أصحاب الرأي لعموم النهي. وما ذكرناه خاص، فالأخذ به أولى، إلا أن الصحيح في الركعتين قبل العصر أنها لا تقضى؛ لما روت عائشة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلاهما. فقلت له: أنقضيهما إذا فاتتا؟ قال: لا» . رواه ابن النجار، في الجزء الخامس من حديثه.." (١)

"[فصل قضاء السنن في سائر أوقات النهي]

(١٠٣٢) فصل: فأما قضاء السنن في سائر أوقات النهي، وفعل غيرها من الصلوات التي لها سبب، كتحية المسجد، وصلاة الكسوف، وسجود التلاوة، فالمشهور في المذهب أنه لا يجوز. ذكره الخرقي في سجود التلاوة وصلاة الكسوف. وقال القاضي: في ذلك روايتان؛ أصحهما أنه لا يجوز. وهو قول أصحاب الرأي؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٩/٢

لعموم النهي. والثانية: يجوز. وهو قول الشافعي؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين» . متفق عليه. وقال في الكسوف: «فإذا رأيتموهما فصلوا» . وهذا خاص في هذه الصلاة، فيقدم على النهي العام في الصلاة كلها، ولأنها صلاة ذات سبب، فأشبهت ما ثبت جوازه.

ولنا، أن النهي للتحريم، والأمر للندب، وترك المحرم أولى من فعل المندوب. وقولهم: إن الأمر خاص في الصلاة. قلنا: ولكنه عام في الوقت، والنهي خاص فيه، فيقدم، ولا يصح ال قياس على القضاء بعد العصر؛ لأن حكم النهي فيه أخف، لما ذكرنا، ولا على قضاء الوتر بعد طلوع الفجر لذلك، ولأنه وقت له، بدليل حديث أبي بصرة، ولا على صلاة الجنازة لأنها فرض كفاية، ويخاف على الميت، ولا على ركعتي الطواف، لأنهما تابعتان لما لا يمنع منه النهي، مع أننا قد ذكرنا أن الصحيح أنه لا يصلى على الجنازة في الأوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بن عامر. وكذلك لا ينبغي أن يركع للطواف فيها، ولا يعيد فيها جماعة. وإذا منعت هذه الصلوات المتأكدة فيها فغيرها أولى بالمنع، والله أعلم.

(١٠٣٣) فصل: ولا فرق بين مكة وغيرها في المنع من التطوع في أوقات النهي. وقال الشافعي: لا يمنع فيها، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى في أي ساعة شاء من ليل أو نهار» . وعن أبي ذر، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا يصلين أحد بعد الصبح إلى طلوع الشمس، ولا بعد العصر إلى أن تغرب الشمس، إلا بمكة يقول: قال ذلك ثلاثا» . رواه الدارقطني. ولنا عموم النهي، وأنه معنى يمنع الصلاة، فاستوت فيه مكة وغيرها، كالحيض، وحديثهم أراد به ركعتي الطواف، فيختص بهما، وحديث أبي ذر ضعيف، يرويه عبد الله بن المؤمل، وهو ضعيف، قاله يحيى بن معين.

(١٠٣٤) فصل: ولا فرق في وقت الزوال بين الجمعة وغيرها، ولا بين الشتاء والصيف، كان عمر بن الخطاب ينهى." (١)

"[فصل إن قدر على القيام إلا أنه يكون على هيئة الراكع]

(١٠٦٦) فصل: وإن قدر على القيام، إلا أنه يكون على هيئة الراكع كالأحدب، أو من هو في بيت قصير السقف، لا يمكنه الخروج منه، أو في سفينة، أو خائف لا يأمن أن يعلم به إذا رفع رأسه، فإنه إن كان ذلك لحدب أو كبر، لزمه قيام مثله، وإن كان لغير ذلك، احتمل أن يلزمه القيام، قياسا على الأحدب،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٩٠

واحتمل أن لا يلزمه، فإن أحمد - رحمه الله -، قال في الذي في السفينة لا يقدر على أن يستتم قائما، لقصر سماء السفينة: يصلي قاعدا، إلا أن يكون شيئا يسيرا. فيقاس عليه سائر ما في معناه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صل قائما، فإن لم تستطع فقاعدا» وهذا لم يستطع القيام.

[فصل قدر على القيام وعجز عن الركوع أو السجود]

(١٠٦٧) فصل: ومن قدر على القيام، وعجز عن الركوع أو السجود، لم يسقط عنه القيام، ويصلي قائما، فيومئ بالركوع، ثم يجلس فيومئ بالسجود. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يسقط القيام. ولأنها صلاة لا ركوع فيها ولا سجود، فسقط فيها القيام كصلاة النافلة على الراحلة. ولنا قول الله تعالى: ﴿وقوموا لله قانتين﴾ [البقرة: ٢٣٨] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صل قائما» . ولأن القيام ركن قدر عليه، فلزمه الإتيان به، كالقراءة، والعجز عن غيره لا يقتضي سقوطه، كما لو عجز عن القراءة، و قياسهم فاسد لوجوه: أحدها، أن الصلاة على الراحلة لا يسقط فيها الركوع. والثاني، أن النافلة لا يجب فيها القيام، فما سقط على الراحلة لسقوط الركوع والسجود. والثالث: أنه منقوض بصلاة الجنازة.

[فصل قدر المريض على الصلاة وحده قائما ولا يقدر على ذلك مع الإمام]

(١٠٦٨) فصل: وإن قدر المريض على الصلاة وحده قائما، ولا يقدر على ذلك مع الإمام لتطويله، يحتمل أن يلزمه القيام ويصلي وحده؛ لأن القيام آكد لكونه ركنا في الصلاة لا تتم إلا به، والجماعة تصح الصلاة بدونها، واحتمل أنه مخير بين الأمرين، لأننا أبحنا له ترك القيام المقدور عليه، مع إمام الحي العاجز عن القيام، مراعاة للجماعة، فهاهنا أولى، ولأن العجز يتضاعف بالجماعة أكثر من تضاعفه بالقيام، بدليل أن «صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم» . و «صلاة الجماعة تفضل على صلاة الرجل وحده سبعا وعشرين درجة» . وهذا أحسن، وهو مذهب الشافعي.

[مسألة عجز عن الصلاة قاعدا]

(١٠٦٩) مسألة: قال: (فإن لم يطق جالسا فنائما) يعني مضطجعا، سماه نائما لأنه في هيئة النائم، وقد جاء مثل هذه التسمية عن النبي - صلى الله عليه وسلم -." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٠٧

"قال: «صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم، وصلاة النائم على النصف من صلاة القاعد» . رواه البخاري هكذا. فمن عجز عن الصلاة قاعدا فإنه يصلي على جنبه، مستقبل القبلة بوجهه، وهذا قول مالك، والشافعي، وابن المنذر. وقال سعيد بن المسيب، والحارث العكلي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي: يصلي مستلقيا، ووجهه ورجلاه إلى القبلة؛ ليكون إيماؤه إليها، فإنه إذا صلى على جنبه كان وجهه في الإيماء إلى غير القبلة.

ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فإن لم يستطع فعلى جنب» . ولم يقل: فإن لم يستطع فمستلقيا. ولأنه يستقبل القبلة إذا كان على جنبه، ولا يستقبلها إذا كان على ظهره، وإنما يستقبل السماء، ولذلك يوضع الميت في قبره على جنبه قصد التوجيه إلى القبلة. وقولهم: إن وجهه في الإيماء يكون إلى غير القبلة. قلنا: استقبال القبلة من الصحيح لا يكون في حال الركوع بوجهه، ولا في حال السجود، إنما يكون إلى الأرض، فلا يعتبر في المريض أن يستقبل القبلة فيهما أيضا. إذا ثبت هذا، فالمستحب أن يصلي على جنبه الأيمن، فإن صلى على الأيسر، جاز؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يعين جنبا بعينه، ولأنه يستقبل القبلة على أي الجنبين كان.

وإن صلى على ظهره، مع إمكان الصلاة على جنبه، فظاهر كلام أحمد أنه يصح؛ لأنه نوع استقبال، ولهذا يوجه الميت عند الموت كذلك. والدليل يقتضي أن لا يصح؛ لأنه خالف أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – في قوله: (فعلى جنب. ولأنه نقله إلى الاستلقاء عند عجزه عن الصلاة على جنبه، فيدل على أنه لا يجوز ذلك مع إمكان الصلاة على جنبه، ولأنه ترك الاستقبال مع إمكانه، وإن عجز عن الصلاة على جنبه، صلى مستلقيا؛ للخبر، ولأنه عجز عن الصلاة على جنبه، فسقط، كالقيام والقعود.

[فصل إذا كان بعينه مرض لا يستطيع معه الصلاة مستلقيا]

(١٠٧٠) فصل: إذا كان بعينه مرض. فقال ثقات من العلماء بالطب: إن صليت مستلقيا أمكن مداواتك. فقال القاضي: قياس المذهب جواز ذلك. وهو قول جابر بن زيد، والثوري، وأبي حنيفة. وكرهه عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، وأبو وائل. وقال مالك، والأوزاعي: لا يجوز؛ لما روي عن ابن عباس، أنه لما كف بصره أتاه رجل، فقال: لو صبرت علي سبعة أيام لم تصل إلا مستلقيا داويت عينك، ورجوت أن تبرأ. فأرسل في ذلك إلى عائشة، وأبي هريرة، وغيرهما من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فكل قال له: إن مت في هذه الأيام فما الذي تصنع بالصلاة؟ فترك معالجة عينه.

ولنا: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلى جالسا لما جحش شقه الأيمن، والظاهر أنه لم يكن يعجز عن القيام، لكن." [١]

"(١٠٨٢) فصل: فإن نزل بالمسلمين نازلة، فللإمام أن يقنت في صلاة الصبح نص عليه أحمد قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله سئل عن القنوت في الفجر؟ فقال: إذا نزل بالمسلمين نازلة، قنت الإمام وأمن من خلفه. ثم قال: مثل ما نزل بالمسلمين من هذا الكافر. يعني بابك. قال أبو داود: سمعت أحمد يسأل عن القنوت في الفجر؟ فقال: لو قنت أياما معلومة، ثم يترك كما فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – أو قنت على الخرمية أو قنت على الدوام. والخرمية: هم أصحاب بابك وبهذا قال أبو حنيفة والثوري؛ وذلك لما ذكرنا من أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قنت شهرا يدعو على حي من أحياء العرب ثم تركه وأن عليا قنت، وقال: إنما استنصرنا على عدونا هذا ولا يقنت آحاد الناس.

ويقول في قنوته نحوا مما قال النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه. وروي عن عمر – رضي الله عنه – أنه كان يقول في القنوت " اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات، وألف بين قلوبهم، وأصلح ذات بينهم وانصرهم على عدوك وعدوهم، اللهم العن كفرة أهل الكتاب، الذين يكذبون رسلك، ويقاتلون أولياءك، اللهم خالف بين كلمتهم وزلزل أقدامهم وأنزل بهم بأسك الذي لا يرد عن القوم المجرمين اللهم إنا نستعينك، ولا يقنت في غير الصبح من الفرائض. قال عبد الله عن أبيه: كل شيء يثبت عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في القنوت إنما هو في الفجر. ولا يقنت في الصلاة إلا في الوتر والغداة إذا كان مستنصرا يدعو للمسلمين.

وقال أبو الخطاب يقنت في الفجر والمغرب، لأنهما صلاتا جهر في طرفي النهار. وقيل: يقنت، في صلاة الجهر كلها، قياسا على الفجر ولا يصح هذا؛ لأنه لم ينقل عن النبي – صلى الله عليه وسلم – ولا عن أحد من أصحابه، القنوت في غير الفجر والوتر

[مسألة يفصل ركعة الوتر بما قبلها]

(١٠٨٣) مسألة: قال: (مفصولة مما قبلها) الذي يختاره أبو عبد الله أن يفصل ركعة الوتر بما قبلها. وقال: إن أوتر بثلاث لم يسلم فيهن، لم يضيق عليه عندي. وقال يعجبني أن يسلم في الركعتين، وممن كان يسلم

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٠٨

بين الركعتين والركعة ابن عمر حتى يأمر ببعض حاجته وهو مذهب معاذ القارئ، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وقال أبو حنيفة:." (١)

"﴿ . أخرجه أبو داود. وحديثهم يدل على أن الجماعة غير مشترطة، ولا نزاع بيننا فيه، ولا يلزم من الوجوب الاشتراط، كواجبات الحج، والإحداد في العدة. (١١١٠) فصل: وليست الجماعة شرطا لصحة الصلاة نص عليه أحمد.

وخرج ابن عقيل وجها في اشتراطها، قياسا على سائر واجبات الصلاة. وهذا ليس بصحيح؛ بدليل الحديثين اللذين احتجوا بهما والإجماع، فإننا لا نعلم قائلا بوجوب الإعادة على من صلى وحده، إلا أنه روي عن جماعة من الصحابة، منهم ابن مسعود، وأبو موسى، أنهم قالوا: من سمع النداء وتخلف من غير عذر، فلا صلاة له.

[فصل تنعقد الجماعة باثنين فصاعدا]

(١١١١) فصل: وتنعقد الجماعة باثنين فصاعدا. لا نعلم فيه خلافا. وقد روى أبو موسى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الاثنان فما فوقهما جماعة» . رواه ابن ماجه. «وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لمالك بن الحويرث وصاحبه: إذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكما، وليؤمكما أكبركما» . وأم النبي - صلى الله عليه وسلم - حذيفة مرة، وابن مسعود مرة، وابن عباس مرة.

ولو أم الرجل عبده أو زوجته أدرك فضيلة الجماعة، وإن أم صبيا جاز في التطوع؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أم فيه ابن عباس وهو صبي. وإن أمه في الفرض، فقال أحمد: لا تنعقد به الجماعة؛ لأنه لا يصلح أن يكون إماما؛ لنقص حاله، فأشبه من لا تصح صلاته. وقال أبو الحسن الآمدي: فيه رواية أخرى، أنه يصح أن يكون إماما؛ لأنه متنفل، فجاز أن يكون مأموما بالمفترض، كالبالغ، ولذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم - في الرجل الذي فاتته الجماعة: «من يتصدق على هذا، فيصلي معه» .

[فصل فعل صلاة الجماعة في البيت والصحراء]

(١١١٢) فصل: ويجوز فعلها في البيت والصحراء، وقيل: فيه رواية أخرى: أن حضور المسجد واجب إذا كان قريبا منه؛ لأنه يروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا صلاة لجار المسجد إلا في

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١١٥

المسجد» . ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –:: «أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي: جعلت لي الأرض." [١]

"فصح الائتمام به كغيره. وقال نافع: كان ابن عمر يصلي مع الخشبية والخوارج زمن ابن الزبير، وهم يقتتلون. فقيل له: أتصلي مع هؤلاء، ومع هؤلاء، وبعضهم يقتل بعضا؟ فقال: من قال: حي على الصلاة. أجبته، ومن قال: حي على الفلاح. أجبته، ومن قال: حي على قتل أخيك المسلم، وأخذ ماله. قلت: لا. رواه سعيد. وقال ابن المنذر، وبعض الشافعية: من نكفره ببدعته كالذي يكذب الله أو رسوله ببدعته، لا يصلى خلفه، ومن لا نكفره تصح الصلاة خلفه. ولنا: ما روى جابر، قال: " سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على منبره يقول: «لا تؤمن امرأة رجلا، ولا فاجر مؤمنا، إلا أن يقهره بسلطان، أو يخاف سوطه أو سيفه» . رواه ابن ماجه، وهذا أخص من حديثهم، فتعين تقديمه، وحديثهم نقول به في الجمع والأعياد، وتعاد، وهو مطلق، فالعمل به في موضع يحصل الوفاء بدلالتهم، و قياسهم منقوض بالخنثى والأمي. ويروى عن حبيب بن عمر الأنصاري، عن أبيه، قال: سألت واثلة بن الأسقع، قلت: أصلي خلف القدري؟ قال: لا تصل خلفه. ثم قال: أما أنا لو صليت خلفه لأعدت صلاتي. رواه الأثرم.

وأما قول الخرقي: " أو يسكر ". فإنه يعني من يشرب ما يسكره من أي شراب كان، فإنه لا يصلى خلفه لفسقه. وإنما خصه بالذكر، فيما يرى من سائر الفساق، لنص أحمد عليه. قال أبو داود: سألت أحمد وقيل له: إذا كان الإمام يسكر؟ قال: لا تصل خلفه ألبتة. وسأله رجل، قال: صليت خلف رجل، ثم علمت أنه يسكر، أعيد؟ قال: نعم، أعد. قال: أيتهما صلاتي؟ قال: التي صليت وحدك. وسأله رجل. قال: رأيت رجلا سكران، أصلي خلفه؟ قال: لا. قال: فأصلي وحدي؟ قال أين أنت؟ في البادية؟ المساجد كثيرة. قال: أنا في حانوتي. قال: تخطاه إلى غيره من المساجد.

فأما من يشرب من النبيذ المختلف فيه ما لا يسكره، معتقدا حله، فلا بأس بالصلاة خلفه. نص عليه أحمد. فقال: يصلى خلف من يشرب المسكر على التأويل، نحن نروي عنهم الحديث، ولا نصلي خلف من يسكر. وكلام الخرقي بمفهومه يدل على ذلك، لتخصيصه من سكر بالإعادة خلفه. وفي معنى شارب ما يسكر كل فاسق، فلا يصلى خلفه. نص عليه أحمد. فقال: لا تصل خلف فاجر ولا فاسق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٣١

وقال أبو داود سمعت أحمد، - رحمه الله -، سئل عن إمام، قال: أصلي بكم رمضان بكذا وكذا درهما. قال: أسأل الله العافية، من يصلي خلف هذا؟ وروي عنه أنه قال: لا تصلوا خلف من لا يؤدي." [١]

"الواجبة على المأموم، فلم يصح له الائتمام به، لئلا يفضي إلى أن يصلي بغير قراءة، و قياسهم يبطل بالأخرس والعاجز عن الركوع والسجود والقيام، ولا مدخل للتحمل فيه، بخلاف القراءة. ولنا على صحة صلاة الإمام، أنه أم من لا يصح له الائتمام به، فلم تبطل صلاته، كما لو أمت امرأة رجلا ونساء. وقولهم: إنه يلزم القراءة عن القارئ. لا يصح؛ لأن الله تعالى قال: ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة: ٢٨٦] ومن لا تجب عليه القراءة عن نفسه، فعن غيره أولى.

وإن أم الأمي قارئا واحدا، لم تصح صلاة واحد منهما؛ لأن الأمي نوى الإمامة وقد صار فذا. (١١٣٥) فصل: وإن صلى القارئ خلف من لا يعلم حاله في صلاة الإسرار صحت صلاته؛ لأن الظاهر أنه لا يتقدم إلا من يحسن القراءة، ولم يتخرم الظاهر، فإنه أسر في موضع الإسرار، وإن كان يسر في صلاة الجهر، ففيه وجهان: أحدهما، لا تصح صلاة القارئ. ذكره القاضي؛ لأن الظاهر أنه لو أحسن القراءة لجهر.

والثاني: تصح؛ لأن الظاهر أنه لا يؤم الناس إلا من يحسن القراءة، وإسراره يحتمل أن يكون نسيانا، أو لجهله، أو لأنه لا يحسن أكثر من الفاتحة، فلا تبطل الصلاة بالاحتمال. فإن قال: قد قرأت في الإسرار. صحت الصلاة على الوجهين؛ لأن الظاهر صدقه. ويستحب الإعادة احترازا من أن يكون كاذبا، ولو أسر في صلاة الإسرار، ثم قال: ما كنت قرأت الفاتحة. لزمه ومن وراءه الإعادة، وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - عنه، أنه صلى بهم المغرب، فلما سلم قال: أما سمعتموني قرأت؟ قالوا: لا. قال: فما قرأت في نفسي. فأعاد بهم الصلاة.

(١١٣٦) فصل: ومن ترك حرفا من حروف الفاتحة؛ لعجزه عنه، أو أبدله بغيره، كالألثغ الذي يجعل الراء غينا، والأرت الذي يدغم حرفا في حرف، أو يلحن لحنا يحيل المعنى، كالذي يكسر الكاف من إياك، أو يضم التاء من أنعمت، ولا يقدر على إصلاحه، فهو كالأمي، لا يصح أن يأتم به قارئ. ويجوز لكل واحد منهم أن يؤم مثله؛ لأنهما أميان، فجاز لأحدهما الائتمام بالآخر، كاللذين لا يحسنان شيئا. وإن كان يقدر على إصلاح شيء من ذلك فلم يفعل، لم تصح صلاته، ولا صلاة من يأتم به. (١١٣٧) فصل: إذا كان رجلان لا يحسن واحد منهما الفاتحة، وأحدهما يحسن سبع آيات من غيرها، والآخر لا يحسن." [٢]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٣٨

(٢) المغني لابن قدامة ٢/١٤٥

"شيئا من ذلك، فهما أميان، لكل واحد منهما الائتمام بالآخر، والمستحب أن يؤم الذي يحسن الآيات؛ لأنه أقرأ، وعلى هذا كل من لا يحسن الفاتحة، يجوز أن يؤم من لا يحسنها، سواء استويا في الجهل أو كانا متفاوتين فيه.

(١١٣٨) فصل: تكره إمامة اللحان، الذي لا يحيل المعنى، نص عليه أحمد. وتصح صلاته بمن لا يلحن؛ لأنه أتى بفرض القراءة، فإن أحال المعنى في غير الفاتحة، لم يمنع صحة الصلاة، ولا الائتمام به، إلا أن يتعمده، فتبطل صلاتهما.

(١١٣٩) فصل: ومن لا يفصح ببعض الحروف، كالضاد والقاف، فقال القاضي: تكره إمامته، وتصح، أعجميا كان أو عربيا، وقيل في من قرأ ﴿ولا الضالين﴾ [الفاتحة: ٧] بالظاء: لا تصح صلاته؛ لأنه يحيل المعنى يقال: ظل يفعل كذا: إذا فعله نهارا، فحكمه حكم الألثغ. وتكره إمامة التمتام – وهو من يكرر التاء –، والفأفاء، وهو من يكرر الفاء. وتصح الصلاة خلفهما؛ لأنهما يأتيان بالحروف على الكمال، ويزيدان زيادة هما مغلوبان عليها، فعفي عنها، ويكره تقديمهما لهذه الزيادة.

[مسألة الصلاة خلف مشرك أو امرأة أو خنثى مشكل.]

(١١٤٠) مسألة؛ قال: (وإن صلى خلف مشرك أو امرأة أو خنثى مشكل، أعاد الصلاة) وجملته أن الكافر لا تصح الصلاة خلفه بحال سواء علم بكفره بعد فراغه من الصلاة، أو قبل ذلك، وعلى من صلى وراءه الإعادة. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور، والمزني: لا إعادة على من صلى خلفه، وهو لا يعلم؛ لأنه ائتم بمن لا يعلم حاله، فأشبه ما لو ائتم بمحدث. ولنا، أنه ائتم بمن ليس من أهل الصلاة، فلم تصح صلاته، كما لو ائتم بمجنون، وأما المحدث فيشترط أن لا يعلم حدث نفسه، والكافر يعلم حال نفسه.

وأما المرأة فلا يصح أن يأتم بها الرجل بحال، في فرض ولا نافلة، في قول عامة الفقهاء، وقال أبو ثور: لا إعادة على من صلى خلفها. وهو قياس قول المزني وقال بعض أصحابنا: يجوز أن تؤم الرجال في التراويح، وتكون وراءهم؛ لما روي عن أم ورقة بنت عبد الله بن الحارث، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – جعل لها مؤذنا يؤذن لها، وأمرها أن تؤم أهل دارها.» رواه أبو داود. وهذا عام في الرجال والنساء. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا تؤمن امرأة رجلا» ، ولأنها لا تؤذن للرجال، فلم." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٤٦

"الصف. فأما من وجب عليه القيام فقعد، فإن صلاته لا تصح؛ لأنه ترك ركنا يقدر على الإتيان به.

فصل: ولا يؤم القاعد من يقدر على القيام إلا بشرطين: أحدهما، أن يكون إمام الحي. نص عليه أحمد فقال: ذلك لإمام الحي؛ لأنه لا حاجة بهم إلى تقديم عاجز عن القيام إذا لم يكن الإمام الراتب. فلا يتحمل إسقاط ركن في الصلاة لغير حاجة، والنبي - صلى الله عليه وسلم - حيث فعل ذلك كان هو الإمام الراتب. الثاني: أن يكون مرضه يرجى زواله؛ لأن اتخاذ الزمن، ومن لا يرجى قدرته على القيام إماما راتبا، يفضي إلى تركهم القيام على الدوام، ولا حاجة إليه، ولأن الأصل في هذا فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - والنبي - صلى الله عليه وسلم - كان يرجى برؤه.

[مسألة ابتدأ الصلاة قائما ثم اعتل فجلس]

(١١٨٢) مسألة: قال: (فإن ابتدأ الصلاة قائما، ثم اعتل فجلس، ائتموا خلفه قياما.) إنما كان كذلك لأن أبا بكر حيث ابتدأ بهم الصلاة قائما، ثم جاء النبي - صلى الله عليه وسلم - فأتم الصلاة بهم جالسا، أتموا قياما، ولم يجلسوا.

ولأن القيام هو الأصل، فمن بدأ به في الصلاة لزمه في جميعها إذا قدر عليه، كالتنازع في صلاة المقيم يلزمه إتمامها، وإن حدث مبيح القصر في أثنائها. (١١٨٣) فصل: فإن استخلف بعض الأئمة في زماننا، ثم زال عذره فحضر، فهل يجوز أن يفعل كفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - مع أبي بكر؟ فيه روايتان: إحداهما، ليس له ذلك. قال أحمد، في رواية أبي داود: ذلك خاص للنبي - صلى الله عليه وسلم - دون غيره؛ لأن هذا أمر يخالف ال قياس، فإن انتقال الإمام مأموما، وانتقال المأمومين من إمام إلى آخر، لا يجوز إلا لعذر يحوج إليه، وليس في تقديم الإمام الراتب ما يحوج إلى هذا، أما النبي - صلى الله عليه وسلم - فكانت له من الفضيلة على غيره، وعظم التقدم عليه، ما ليس لغيره، ولهذا قال أبو بكر: ما كان لابن أبي قحافة أن يتقدم بين يدي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

والثانية: يجوز ذلك لغيره. قال أحمد، في رواية أبي الحارث: من فعل كما فعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يكبر، ويقعد إلى جنب الإمام، يبتدئ القراءة من حيث بلغ الإمام، ويصلي للناس قياما؛ وذلك لأن الأصل أن ما فعله النبي - صلى الله عليه وسلم - كان جائزا لأمته، ما لم يقم دليل على اختصاصه به.

وفيه رواية ثالثة، أن ذلك لا يجوز إلا للخليفة دون بقية الأئمة. قال في رواية المروذي: ليس هذا لأحد إلا للخليفة؛." (١)

"وذلك لأن رتبة الخلافة تفضل رتبة سائر الأئمة، فلا يلحق بها غيرها، وكان ذلك للخليفة؛ لأن خليفة النبي - صلى الله عليه وسلم - يقوم مقامه

[فصل يجوز للعاجز عن القيام أن يؤم مثله]

(١١٨٤) فصل: ويجوز للعاجز عن القيام أن يؤم مثله؛ لأنه إذا أم القادرين على القيام فمثله أولى، ولا يشترط في اقتدائهم به أن يكون إماما راتبا، ولا مرجوا زوال مرضه؛ لأنه ليس في إمامته لهم ترك ركن مقدور عليه، بخلاف إمامته للقادرين على القيام.

[فصل لا يجوز لتارك ركن من الأفعال إمامة أحد]

(١١٨٥) فصل: ولا يجوز لتارك ركن من الأفعال إمامة أحد، كالمضطجع، والعاجز عن الركوع والسجود. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك. وقال الشافعي: يجوز؛ لأنه فعل أجازه المرض، فلم يغير حكم الائتمام، كالقاعد بالقيام. ولنا أنه أخل بركن لا يسقط في النافلة، فلم يجز للقادر عليه الائتمام به، كالقارئ بالأمي، وحكم القيام حق بدليل سقوطه في النافلة، وعن المقتدين بالعاجز، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر المصلين خلف الجالس بالجلوس، ولا خلاف في أن المصلي خلف المضطجع لا يضطجع. فأما إن أم مثله، فقياس المذهب صحته؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى بأصحابه في المطر بالإيماء، والعراة يصلون جماعة بالإيماء، وكذلك حال المسايفة.

[فصل ائتمام المتوضئ بالمتيمم]

(١١٨٦) فصل: ويصح ائتمام المتوضئ، بالمتيمم لا أعلم فيه خلافا؛ لأن عمرو بن العاص صلى بأصحابه متيمما، وبلغ النبي - صلى الله عليه وسلم - فلم ينكره. وأم ابن عباس أصحابه متيمما، وفيهم عمار بن ياسر، في نفر من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فلم ينكروه. ولأنه متطهر طهارة صحيحة، فأشبه المتوضئ. ولا يصح ائتمام الصحيح بمن به سلس البول، ولا غير المستحاضة بها: لأنهما يصليان مع خروج الحدث من غير طهارة له، بخلاف المتيمم. فأما من كانت عليه نجاسة. فإن كانت على بدنه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٤/٢

فتيمم لها، جاز للطاهر الائتمام به عند القاضي؛ لأنه كالمتيمم للحدث.

وعلى قياس قول أبي الخطاب لا يجوز الائتمام به؛ لأنه أوجب عليه الإعادة. وإن كانت على ثوبه، لم يصح الائتمام به؛ لأنه تارك لشرط. ولا يجوز ائتمام المتوضئ ولا المتيمم." [1]

"بعادم الماء والتراب، واللابس بالعاري، ولا القادر على الاستقبال بالعاجز عنه؛ لأنه تارك لشرط يقدر عليه المأموم، فأشبه المعافى بمن به سلس البول. ويصح ائتمام كل واحد من هؤلاء بمثله؛ لأن العراة يصلون جماعة، وقد سبق هذا.

[فصل صلاة المفترض خلف المتنفل]

(١١٨٧) فصل: وفي صلاة المفترض خلف المتنفل روايتان: إحداهما: لا تصح. نص عليه أحمد، في رواية أبي الحارث، وحنبل. واختارها أكثر أصحابنا. وهذا قول الزهري، ومالك، وأصحاب الرأي؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه» . متفق عليه. ولأن صلاة المأموم لا تتأدى بنية الإمام، أشبه صلاة الجمعة خلف من يصلي الظهر.

والثانية: يجوز. نقلها إسماعيل بن سعيد. ونقل أبو داود، قال: سمعت أحمد سئل عن رجل صلى العصر، ثم جاء فنسي، فتقدم يصلي بقوم تلك الصلاة، ثم ذكر لما أن صلى ركعة، فمضى في صلاته؟ قال: لا ب أس.

وهذا قول عطاء، وطاوس، وأبي رجاء، والأوزاعي، والشافعي، وسليمان بن حرب، وأبي ثور، وابن المنذر، وأبي إسحاق الجوزجاني، وهي أصح؛ لما روى جابر بن عبد الله، «أن معاذا كان يصلي مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ثم يرجع فيصلي بقومه تلك الصلاة» . متفق عليه. وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه «صلى بطائفة من أصحابه في الخوف ركعتين، ثم سلم، ثم صلى بالطائفة الأخرى ركعتين، ثم سلم» . رواه أبو داود، والأثرم.

والثانية منهما تقع نافلة، وقد أم بها مفترضين. وروي عن أبي خلدة، قال: أتينا أبا رجاء لنصلي معه الأولى، فوجدناه قد صلى، فقلنا: جئناك لنصلي معك. فقال: قد صلينا ولكن لا أخيبكم، فأقام فصلى وصلينا معه. رواه الأثرم. ولأنهما صلاتان اتفقتا في الأفعال، فجاز ائتمام المصلي في إحداهما بالمصلي في الأخرى، كالمتنفل خلف المفترض.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٦٥

فأما حديثهم فالمراد به، لا تختلفوا عليه في الأفءال، بدليل قوله: «فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا، وإذا سجد فاسجدوا، وإذا صلى جالسا فصلوا جلوسا أجمعون» . ولهذا يصح ائتمام المتنفل بالمفترض مع اختلاف نيتهما،، و قياسهم ينتقض بالمسبوق في الجمعة يدرك أقل من ركعة، ينوي الظهر خلف من يصلي الجمعة.

فصل: ولا يختلف المذهب في صحة صلاة المتنفل وراء المفترض. ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا، وقد دل عليه قول النبي - صلى الله عليه وسلم -:: «ألا رجل يتصدق على هذا، فيصلي معه» . والأحاديث التي في إعادة الجماعة، ولأن صلاة المأموم تتأدى بنية الإمام، بدليل ما لو نوى مكتوبة، فبان قبل وقتها.." (١)

"منها إلى الإمامة، كما لو كان مأموما، و قياسهم ينتقض بحالة الاستخلاف.

[فصل أحرم منفردا ثم نوى جعل نفسه مأموما]

(١٢٠٠) فصل: وإن أحرم منفردا، ثم نوى جعل نفسه مأموما، بأن يحضر جماعة، فينوي الدخول معهم في صلاتهم، ففيه روايتان: إحداهما، هو جائز، سواء كان في أول الصلاة، أو قد صلى ركعة فأكثر؛ لأنه نقل نفسه إلى الجماعة، فجاز، كما لو نوى الإمامة. والثانية، لا يجوز؛ لأنه نقل نفسه إلى جعله مأموما من غير حاجة، فلم يجز كالإمام، وفارق نقله إلى الإمامة؛ لأن الحاجة داعية إليه، فعلى هذا يقطع صلاته، ويستأنف الصلاة معهم.

قال أحمد، في رجل دخل المسجد فصلى ركعتين، أو ثلاثا، ينوي الظهر، ثم جاء المؤذن فأقام الصلاة: سلم من هذه، وتصير له تطوعا، ويدخل معهم. قيل له: فإن دخل في الصلاة مع القوم، واحتسب به. قال: لا يجزئه حتى ينوي بها الصلاة مع الإمام في ابتداء الفرض.

[فصل أحرم مأموما ثم نوى مفارقة الإمام وإتمامها منفردا لعذر]

(١٢٠١) فصل: وإن أحرم مأموما، ثم نوى مفارقة الإمام، وإتمامها منفردا لعذر، جاز؛ لما روى جابر، قال: «كان معاذ يصلي مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلاة العشاء، ثم يرجع إلى قومه فيؤمهم، فأخر النبي - صلى الله عليه وسلم - صلاة العشاء، فصلى معه، ثم رجع إلى قومه فقرأ سورة البقرة، فتأخر رجل فصلى وحده، فقيل له: نافقت يا فلان. قال: ما نافقت، ولكن لآتين رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٦٦

فأخبره، فأتى النبي – صلى الله عليه وسلم – فذكر له ذلك، فقال: أفتان أنت يا معاذ؟ أفتان أنت يا معاذ؟ مرتين اقرأ سورة كذا وسورة كذا، قال: وسورة ذات البروج، والليل إذا يغشى، والسماء والطارق، وهل أتاك حديث الغاشية» متفق عليه.

ولم يأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – الرجل بالإعادة، ولا أنكر عليه فعله، والأعذار التي يخرج لأجلها، مثل المشقة بتطويل الإمام، أو المرض، أو خشية غلبة النعاس، أو شيء يفسد صلاته، أو خوف فوات مال أو تلفه، أو فوت رفقته، أو من يخرج من الصف لا يجد من يقف معه، وأشباه هذا. وإن فعل ذلك لغير عذر، ففيه روايتان: إحداهما، تفسد صلاته؛ لأنه ترك متابعة إمامه لغير عذر، أشبه ما لو تركها من غير نية المفارقة.

والثانية: تصح لأنه لو نوى المنفرد كونه مأموما لصح في رواية، فنية الانفراد أولى، فإن المأموم قد يصير منفردا بغير نية، وهو المسبوق إذا سلم إمامه، وغيره لا يصير مأموما بغير نية بحال.." (١)

"[فصل الصلاة إلى المتحدثين والنائم]

(١٢١٤) فصل: تكره الصلاة إلى المتحدثين، لئلا يشتغل بحديثهم. واختلف في الصلاة إلى النائم، فروي أنه يكره، وروي ذلك عن ابن مسعود، وسعيد بن جبير. وعن أحمد ما يدل على أنه يكره في الفريضة خاصة، ولا يكره في التطوع؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يصلي من الليل وعائشة معترضة بين يديه كاعتراض الجنازة. متفق عليه. قال أحمد: هذا في التطوع، والفريضة أشد.

وقد روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن الصلاة إلى النائم والمتحدث. رواه أبو داود. فخرج التطوع من عمومه، لحديث عائشة، بقي الفرض على مقتضى العموم. وقيل: لا يكره فيهما؛ لأن حديث عائشة صحيح، وحديث النهي ضعيف. قاله الخطابي. وقد قال أحمد: لا فرق بين الفريضة والنافلة إلا في صلاة الراكب.

وتقديم قياس الخبر الصحيح أولى من الخبر الضعيف.

[فصل الصلاة مستقبلا وجه إنسان]

(١٢١٥) فصل: ويكره أن يصلي مستقبلا وجه إنسان؛ لأن عمر أدب على ذلك. وفي حديث عائشة «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يصلي حذاء وسط السرير، وأنا مضطجعة بينه وبين القبلة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٧١

تكون لي الحاجة فأكره أن أقوم فأستقبله، فأنسل انسلالا» . متفق عليه. ولأنه شبه السجود لذلك الشخص.
ويكره أن يصلي إلى نار. قال أحمد: إذا كان التنور في قبلته لا يصلي إليه.
وكره ابن سيرين ذلك. وقال أحمد، في السراج والقنديل يكون في القبلة: أكرهه. وأكره كل شيء. حتى كانوا يكرهون أن يجعلوا شيئا في القبلة حتى المصحف، وإنما كره ذلك لأن النار تعبد من دون الله، فالصلاة إليها تشبه الصلاة لها. وقال أحمد: لا تصل إلى صورة منصوبة في وجهك، وذلك لأن الصورة تعبد من دون الله.
وقد روي عن عائشة، قالت: كان لنا ثوب فيه تصاوير، فجعلته بين يدي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو يصلي، فنهاني. أو قالت: كره ذلك. رواه عبد الرحمن بن أبي حاتم، بإسناده. ولأن التصاوير تشغل المصلي بالنظر إليها، وتذهله عن صلاته. وقال أحمد: يكره أن يكون في القبلة شيء معلق، مصحف أو غيره، ولا بأس أن يكون موضوعا بالأرض. وقد روى مجاهد، قال: لم يكن عبد الله بن عمر يدع شيئا بينه وبين القبلة إلا نزعه، لا سيفا ولا مصحفا. رواه الخلال بإسناده.
قال أحمد: ولا يكتب في القبلة شيء، وذلك لأنه يشغل قلب المصلي، وربما اشتغل بقراءته عن صلاته، وكذلك يكره تزويقها، وكل ما يشغل المصلي عن صلاته، وقد روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى في خميصة لها أعلام، فلما قضى صلاته، قال: «اذهبوا بهذه إلى أبي جهم بن حذيفة، فإنها ألهتني آنفا عن صلاتي. وأتوني بأنبجانيته» متفق عليه.
وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لعائشة: «أميطي عنا." [١]

"مسافة القصر، فله القصر؛ لوجود نيته المبيحة، ولو قصد بلدا بعيدا، أو في عزمه أنه متى وجد طلبته دونه رجع أو أقام، لم يبح له القصر؛ لأنه لم يجزم بسفر طويل.
وإن كان لا يرجع ولا يقيم بوجوده، فله القصر.

[فصل كان لمقصده طريقان يباح القصر في أحدهما دون الآخر]
(١٢٣٣) فصل: ومتى كان لمقصده طريقان، يباح القصر في أحدهما دون الآخر، فسلك البعيد ليقصر الصلاة فيه، أبيح له؛ لأنه مسافر سفرا بعيدا مباحا، فأبيح له القصر، كما لو لم يجد سواه أو كان الآخر مخوفا أو شاقا

---
(١) المغني لابن قدامة ١٧٨/٢

[فصل صلاة المسافر إذا خرج مكرها]

(١٢٣٤) فصل: وإن خرج الإنسان إلى السفر مكرها، كالأسير، فله القصر إذا كان سفره بعيدا، نص عليه أحمد. وقال الشافعي: لا يقصر؛ لأنه غير ناو للسفر ولا جازم به، فإن نيته أنه متى أفلت رجع. ولنا، أنه مسافر سفرا بعيدا غير محرم، فأبيح له القصر، كالمرأة مع زوجها، والعبد مع سيده، إذا كان عزمهما أنه لو مات أو زال ملكهما، رجع. و قياسهم منتقض بهذا. إذا ثبت هذا، فإنه يتم إذا صار في حصونهم، نص عليه أيضا؛ لأنه قد انقضى سفره.

ويحتمل أنه لا يلزمه الإتمام؛ لأن في عزمه أنه متى أفلت رجع، فأشبه المحبوس ظلما.

[مسألة ليس لمن نوى السفر القصر حتى يخرج من بيوت قريته]

(١٢٣٥) مسألة؛ قال: (إذا جاوز بيوت قريته) . وجملته أنه ليس لمن نوى السفر القصر حتى يخرج من بيوت قريته، ويجعلها وراء ظهره. وبهذا قال مالك، والشافعي، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور، وحكي ذلك عن جماعة من التابعين. وحكي عن عطاء، وسليمان بن موسى، أنهما أباحا القصر في البلد لمن نوى السفر. .

وعن الحارث بن أبي ربيعة، أنه أراد سفرا، فصلى بهم في منزله ركعتين، وفيهم الأسود بن يزيد، وغير واحد من أصحاب عبد الله. وروى عبيد بن جبر، قال: «كنت مع أبي بصرة الغفاري في سفينة من الفسطاط، في شهر رمضان، فدفع، ثم قرب غداؤه، فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة، ثم قال: اقترب. فقلت: ألست ترى البيوت؟ قال أبو بصرة: أترغب عن سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فأكل» . رواه أبو داود.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [النساء: ١٠١] ولا يكون ضاربا في الأرض حتى يخرج، وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه كان يبتدئ القصر إذا خرج من المدينة. قال أنس: «صليت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - الظهر بالمدينة أربعا، وبذي الحليفة ركعتين» . متفق عليه، فأما أبو بصرة فإنه لم يأكل حتى دفع، وقوله: لم يجاوز البيوت: معناه - والله أعلم - لم يبعد منها؛ بدليل قول عبيد له: ألست ترى البيوت؟." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩١

"نص عليه أحمد. وهو مفهوم كلام الخرقي لتخصيصه الواجب والمباح، وهذا قول الشافعي، وقال الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة: له ذلك؛ احتجاجا بما ذكرنا من النصوص، ولأنه مسافر، فأبيح له الترخص كالمطيع.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ١٧٣] أباح الأكل لمن لم يكن عاديا ولا باغيا، فلا يباح لباغ ولا عاد. قال ابن عباس: غير باغ على المسلمين، مفارق لجماعتهم، يخيف السبيل، ولا عاد عليهم.

ولأن الترخص شرع للإعانة على تحصيل المقصد المباح، توصلا إلى المصلحة، فلو شرع هاهنا لشرع إعانة على المحرم، تحصيلا للمفسدة، والشرع منزه عن هذا، والنصوص وردت في حق الصحابة، وكانت أسفارهم مباحة، فلا يثبت الحكم في من سفره مخالف لسفرهم، ويتعين حمله على ذلك جمعا بين النصين، و قياس المعصية على الطاعة بعيد، لتضادهما.

(١٢٤٠) فصل: فإن عدم العاصي بسفره الماء، فعليه أن يتيمم؛ لأن الصلاة واجبة لا تسقط، والطهارة لها واجبة أيضا، فيكون ذلك عزيمة، وهل تلزمه الإعادة؟ على وجهين: أحدهما، لا تلزمه؛ لأن التيمم عزيمة، بدليل وجوبه، والرخص لا تجب، والثاني: عليه الإعادة؛ لأنه حكم يتعلق بالسفر، أشبه بقية الرخص.

والأول أولى؛ لأنه أتى بما أمر به من التيمم والصلاة، فلم يلزمه إعادتها، ويفارق بقية الرخص، فإنه يمنع منها، وهذا يجب فعله، ولأن حكم بقية الرخص المنع من فعلها، ولا يمكن تعدية هذا الحكم إلى التيمم، ولا إلى الصلاة، لوجوب فعلهما، ووجوب الإعادة ليس بحكم في بقية الرخص، فكيف يمكن أخذه منها أو تعديته عنها. ويباح له المسح يوما وليلة؛ لأن ذلك لا يختص السفر، فأشبه الاستجمار، والتيمم وغيرهما من رخص الحضر.

وقيل: لا يجوز؛ لأنه رخصة، فلم تبح له كرخص السفر، والأول أولى، وهذا ينتقض بسائر رخص الحضر.

[فصل حكم القصر إذا كان السفر مباحا فغير نيته إلى المعصية]

(١٢٤١) فصل: إذا كان السفر مباحا، فغير نيته إلى المعصية، انقطع الترخص لزوال سببه. ولو سافر لمعصية فغير نيته إلى مباح، صار سفرا مباحا، وأبيح له ما يباح في السفر المباح، وتعتبر مسافة السفر من حين غير النية. ولو كان سفره مباحا، فنوى المعصية بسفره، ثم رجع إلى نية المباح، اعتبرت مسافة القصر من حين رجوعه إلى نية المباح؛ لأن حكم سفره انقطع بنية المعصية، فأشبه ما لو نوى الإقامة، ثم عاد فنوى السفر.

فأما إن كان السفر مباحا، لكنه يعصي فيه، لم يمنع ذلك الترخص؛ لأن السبب هو السفر المباح، وقد وجد، فثبت حكمه، ولم يمنعه وجود معصية، كما أن معصيته في الحضر لا تمنع الترخص فيه.." (١)

"[فصل في سفر التنزه والتفرج روايتان إحداهما تبيح الترخص]

(١٢٤٢) فصل: وفي سفر التنزه والتفرج روايتان: إحداهما، تبيح الترخص. وهذا ظاهر كلام الخرقي لأنه سفر مباح، فدخل في عموم النصوص المذكورة، و قياسا على سفر التجارة. والثانية: لا يترخص فيه. قال أحمد: إذا خرج الرجل إلى بعض البلدان تنزها وتلذذا، وليس في طلب حديث ولا حج ولا عمرة ولا تجارة، فإنه لا يقصر الصلاة؛ لأنه إنما شرع إعانة على تحصيل المصلحة، ولا مصلحة في هذا.

والأول أولى.

[فصل حكم القصر إذا سافر لزيارة القبور والمشاهد]

(١٢٤٣) فصل: فإن سافر لزيارة القبور والمشاهد. فقال ابن عقيل: لا يباح له الترخص؛ لأنه منهي عن السفر إليها، قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد» . متفق عليه، والصحيح إباحته، وجواز القصر فيه؛ لان النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يأتي قباء راكبا وماشيا، وكان يزور القبور، وقال: «زوروها تذكركم الآخرة» .

وأما قوله - صلى الله عليه وسلم -: " لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد " فيحمل على نفي التفضيل، لا على التحريم، وليست الفضيلة شرطا في إباحة القصر، فلا يضر انتفاؤها.

[فصل الملاح هل يقصر في السفينة]

(١٢٤٤) فصل: والملاح الذي يسير في سفينه، وليس له بيت سوى سفينته، فيها أهله وتنوره وحاجته، لا يباح له الترخص. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الملاح، أيقصر، ويفطر في السفينة؟ قال: أما إذا كانت السفينة بيته فإنه يتم ويصوم. قيل له: وكيف تكون بيته؟ قال: لا يكون له بيت غيرها، معه فيها أهله وهو فيها مقيم. وهذا قول عطاء.

وقال الشافعي يقصر ويفطر؛ لعموم النصوص، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة» . رواه أبو داود. ولأن كون أهله معه لا يمنع الترخص، كالجمال. ولنا، أنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩٤

غير ظاعن عن منزله، فلم يبح له الترخص، كالمقيم في المدن، فأما النصوص فإن المراد بها الظاعن عن منزله، وليس هذا كذلك، وأما الجمال والمكاري فلهم الترخص وإن سافروا بأهلهم.." [١]

"قال: أبو داود: سمعت أحمد يقول في المكاري الذي هو دهره في السفر: لا بد من أن يقدم فيقيم اليوم. قيل: فيقيم اليوم واليومين والثلاثة في تهيئه للسفر. قال: هذا يقصر. وذكر القاضي، وأبو الخطاب، أنه ليس له القصر كالملاح. وهذا غير صحيح؛ لأنه مسافر مشفوق عليه، فكان له القصر كغيره، ولا يصح قياسه على الملاح؛ فإن الملاح في منزله سفرا وحضرا، ومعه مصالحه وتنوره وأهله، وهذا لا يوجد في غيره. وإن سافر هذا بأهله كان أشق عليه، وأبلغ في استحقاق الترخص، وقد ذكرنا نص أحمد في الفرق بينهما، والنصوص متناولة لهذا بعمومها، وليس هو في معنى المخصوص، فوجب القول بثبوت حكم النص فيه، والله أعلم.

[مسألة لم ينو القصر في وقت دخوله إلى الصلاة]

(١٢٤٥) مسألة؛ قال: (ومن لم ينو القصر في وقت دخوله إلى الصلاة لم يقصر) . وجملته أن نية القصر شرط في جوازه، ويعتبر وجودها عند أول الصلاة، كنية الصلاة. وهذا قول الخرقي واختاره القاضي.

وقال أبو بكر: لا تشترط نيته؛ لأن من خير في العبادة قبل الدخول فيها خير بعد الدخول فيها، كالصوم، ولأن القصر هو الأصل؛ بدليل خبر عائشة، وعمر، وابن عباس، فلا يحتاج إلى نية، كالإتمام في الحضر، ووجه الأول أن الإتمام هو الأصل، على ما سنذكره في مسألة " وللمسافر أن يقصر وله أن يتم "، وإطلاق النية ينصرف إلى الأصل، ولا ينصرف عنه إلا بتعيين ما يصرفه إليه، كما لو نوى الصلاة مطلقا، ولم ينو إماما ولا مأموما، فإنه ينصرف إلى الانفراد، إذ هو الأصل.

والتفريع يقع على هذا القول، فلو شك في أثناء صلاته، هل نوى القصر في ابتدائها أو لا، لزمه إتمامها احتياطا؛ لأن الأصل عدمها، فإن ذكر بعد ذلك أنه كان قد نوى القصر، لم يجز له القصر؛ لأنه قد لزمه الإتمام، فلم يزل. ولو نوى الإتمام، أو ائتم بمقيم، ففسدت الصلاة، وأراد إعادتها، لزمه الإتمام أيضا؛ لأنها وجبت عليه تامة بتلبسه بها خلف المقيم، ونية الإتمام.

وهذا قول الشافعي. وقال الثوري، وأبو حنيفة: إذا فسدت صلاة الإمام عاد المسافر إلى حاله. ولنا، أنها وجبت بالشروع فيها تامة، فلم يجز له قصرها، كما لو لم تفسد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩٥

[فصل نوى القصر ثم نوى الإتمام]

(١٢٤٦) فصل: ومن نوى القصر، ثم نوى الإتمام، أو نوى ما يلزمه به الإتمام من الإقامة، أو قلب نيته إلى سفر معصية، أو نوى الرجوع عن سفره، ومسافة رجوعه لا يباح فيه القصر، ونحو هذا لزمه الإتمام، ولزم من خلفه متابعته. وبهذا قال الشافعي. وقال: مالك: لا يجوز له الإتمام؛ لأنه نوى عددا، فإذا زاد عليه، حصلت الزيادة بغير نية.." (١)

"يجمع إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء. وقال هشام بن عروة: رأيت أبان بن عثمان يجمع بين الصلاتين في الليلة المطيرة؛ المغرب والعشاء، فيصليهما معه عروة بن الزبير،، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وأبو بكر بن عبد الرحمن، لا ينكرونه. ولا يعرف لهم في عصرهم مخالف، فكان إجماعا. رواه الأثرم (١٢٥٥) فصل: فأما الجمع بين الظهر والعصر، فغير جائز. قال: الأثرم: قيل لأبي عبد الله: الجمع بين الظهر والعصر في المطر؟ قال: لا، ما سمعت. وهذا (اختيار) أبي بكر، وابن حامد، وقول مالك. وقال أبو الحسن التميمي: فيه (قولان،) أحدهما أنه لا بأس به. وهو قول أبي الخطاب، (ومذهب) الشافعي، لما روى يحيى بن واضح، عن موسى بن عقبة، عن نافع عن ابن عمر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جمع في المدينة بين الظهر والعصر في المطر» . ولأنه (معنى) أباح الجمع، فأباحه بين الظهر والعصر، كالسفر. ولنا، أن مستند الجمع ما ذكرناه من قول (أبي سلمة) ، والإجماع، ولم يرد إلا في المغرب والعشاء، وحديثهم غير صحيح؛ فإنه غير مذكور في الصحاح والسنن. وقول أحمد: ما سمعت. يدل على أنه ليس بشيء، ولا يصح ال قياس على المغرب والعشاء؛ لما فيهما من المشقة لأجل الظلمة والمضرة، ولا ال قياس على السفر؛ لأن مشقته لأجل السير وفوات الرفقة، وهو غير موجود هاهنا.

(١٢٥٦) فصل: والمطر المبيح للجمع هو ما (يبل) الثياب، وتلحق المشقة بالخروج فيه. وأما الطل، والمطر الخفيف الذي لا يبل الثياب، فلا يبيح، والثلج كالمطر في ذلك، لأنه في معناه، وكذلك البرد.

[فصل حكم الوحل بمجرده في جمع الصلاة]

(١٢٥٧) فصل: فأما الوحل بمجرده. فقال القاضي: قال أصحابنا: هو عذر؛ لأن المشقة تلحق بذلك في النعال والثياب، كما تلحق بالمطر. وهو قول مالك. وذكر أبو الخطاب فيه وجها ثانيا، أنه لا يبيح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩٦

وهو مذهب الشافعي، وأبي ثور؛ لأن مشقته دون مشقة المطر، فإن المطر يبل النعال والثياب، والوحل لا يبلها، فلم يصح قياسه عليه. والأول أصح؛ لأن الوحل يلوث الثياب والنعال، ويتعرض الإنسان للزلق، فيتأذى نفسه وثيابه، وذلك أعظم من البلل، وقد ساوى المطر في العذر في ترك الجمعة والجماعة، فدل على تساويهما في المشقة المرعية في الحكم.

[فصل جمع الصلاة مع الريح الشديدة في الليلة المظلمة الباردة]

(١٢٥٨) فصل: فأما الريح الشديدة، في الليلة المظلمة الباردة، ففيها وجهان: أحدهما، يبيح الجمع. قال الآمدي: وهو أصح. وهو قول عمر بن عبد العزيز؛ لأن ذلك عذر." (١)

"في الجمعة والجماعة، بدليل ما روى محمد بن الصباح، حدثنا سفيان، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ينادي مناديه في الليلة المطيرة، أو الليلة الباردة ذات الريح: صلوا في رحالكم» . رواه ابن ماجه، عن محمد بن الصباح.

والثاني، لا يبيحه؛ لأن المشقة فيه دون المشقة في المطر، فلا يصح قياسه عليه، ولأن مشقتها من غير جنس مشقة المطر، ولا ضابط لذلك يجتمعان فيه، فلم يصح إلحاقه به.

[فصل هل يجوز جمع لمنفرد]

(١٢٥٩) فصل: هل يجوز الجمع لمنفرد، أو من كان طريقه إلى المسجد في ظلال يمنع وصول المطر إليه، أو من كان مقامه في المسجد؟ على وجهين: أحدهما، الجواز؛ لأن العذر إذا وجد استوى فيه حال وجود المشقة وعدمها، كالسفر، ولأن الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليست له حاجة، كالسلم، وإباحة اقتناء الكلب للصيد والماشية في حق من لا يحتاج إليهما، ولأنه قد روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جمع في المطر، وليس بين حجرته والمسجد شيء. والثاني، المنع؛ لأن الجمع لأجل المشقة، فيختص بمن تلحقه المشقة، دون من لا تلحقه؛ كالرخصة في التخلف عن الجمعة والجماعة، يختص بمن تلحقه المشقة، دون من لا تلحقه، كمن في الجامع والقريب منه.

[فصل جمع الصلاة لأجل المرض]

(١٢٦٠) فصل: ويجوز الجمع لأجل المرض، وهو قول عطاء، ومالك. وقال أصحاب الرأي والشافعي: لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٣

يجوز، فإن أخبار التوقيت ثابتة، فلا تترك بأمر محتمل. ولنا، ما روى ابن عباس، قال: «جمع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بين الظهر والعصر، وبين المغرب والعشاء، من غير خوف ولا مطر.» وفي رواية: «من غير خوف ولا سفر» . رواهما مسلم. وقد أجمعنا على أن الجمع لا يجوز لغير عذر، ثبت أنه كان لمرض، وقد روي عن أبي عبد الله أنه قال في حديث ابن عباس: هذا عندي رخصة للمريض والمرضع. وقد ثبت أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر سهلة بنت سهيل،." [1]

"[فصل متى جمع في وقت الأولى اعتبر وجود العذر المبيح]

(١٢٦٦) فصل: ومتى جمع في وقت الأولى اعتبر وجود العذر المبيح حال افتتاح الأولى والفراغ منها وافتتاح الثانية، فمتى زال العذر في أحد هذه الثلاثة لم يبح الجمع.

وإن زال المطر في أثناء الأولى، ثم عاد قبل الفراغ منها، أو انقطع بعد الإحرام بالثانية، جاز الجمع، ولم يؤثر انقطاعه؛ لأن العذر وجد في وقت النية، وهو عند الإحرام بالأولى، وفي وقت الجمع، وهو آخر الأولى وأول الثانية، فلم يضر عدمه في غير ذلك، فأما المسافر إذا نوى الإقامة في أثناء الصلاة الأولى، انقطع الجمع والقصر، ولزمه الإتمام. ولو عاد فنوى السفر، لم يبح له الترخص حتى يفارق البلد الذي هو فيه.

وإن نوى الإقامة بعد الإحرام بالثانية، أو دخلت به السفينة بلده في أثنائها، احتمل أن يتمها، ويصح قياسا على انقطاع المطر. قال بعض أصحاب الشافعي: هذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي. ويحتمل أن ينقلب نفلا، ويبطل الجمع؛ لأنه أحد رخص السفر، فبطل بذلك، كالقصر والمسح، ولأنه زال شرطها في أثنائها، أشبه بسائر شروطها. ويفارق انقطاع المطر من وجهين: أحدهما، أنه لا يتحقق انقطاعه؛ لاحتمال عوده في أثناء الصلاة، والثاني أن يخلفه عذر مبيح، وهو الوحل، بخلاف مسألتنا.

وكذلك الحكم في المريض يبرأ ويزول عذره في أثناء الصلاة الثانية. فأما إن جمع بينهما في وقت الثانية اعتبر بقاء العذر إلى حين دخول وقتها، فإن زال في وقت الأولى، كالمريض يبرأ، والمسافر يقدم، والمطر ينقطع، لم يبح الجمع؛ لزوال سببه. وإن استمر إلى حين دخول وقت الثانية، جمع، وإن زال العذر؛ لأنهما صارتا واجبتين في ذمته، ولا بد له من فعلهما.

[فصل أتم الصلاتين في وقت الأولى ثم زال العذر]

(١٢٦٧) فصل: وإن أتم الصلاتين في وقت الأولى، ثم زال العذر بعد فراغه منهما قبل دخول وقت الثانية،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٤

أجزأته، ولم تلزمه الثانية في وقتها؛ لأن الصلاة وقعت صحيحة مجزية عن ما في ذمته، وبرئت ذمته منها، فلم تشتغل الذمة بها بعد ذلك، ولأنه أدى فرضه حال العذر، فلم يبطل بزواله بعد ذلك، كالمتيمم إذا وجد الماء بعد فراغه من الصلاة.

[فصل إذا جمع في وقت الأولى فله أن يصلي سنة الثانية منهما]

(١٢٦٨) فصل: وإذا جمع في وقت الأولى، فله أن يصلي سنة الثانية منهما، ويوتر قبل دخول وقت الثانية؛ لأن سنتها تابعة لها، فيتبعها في فعلها ووقتها، والوتر وقته ما بين صلاة العشاء إلى صلاة الصبح، وقد صلى العشاء فدخل وقته.

[فصل صلى إحدى صلاتي الجمع مع إمام وصلى الثانية مع إمام آخر]

(١٢٦٩) فصل: وإذا صلى إحدى صلاتي الجمع مع إمام، وصلى الثانية مع إمام آخر، وصلى معه مأموم في إحدى." (١)

"الصلاتين، وصلى معه في الثانية مأموم ثان، صح. وقال ابن عقيل: لا يصح؛ لأن كل واحد من الإمام والمأموم أحد من يتم به الجمع، فلم يجز اختلافه، وإذا اشترط دوامه كالعذر اشترط دوامه في الصلاتين.

ولنا، أن لكل صلاة حكم نفسها، وهي منفردة بنيتها، فلم يشترط اتحاد الإمام ولا المأموم، كغير المجموعتين. وقوله: إن الإمام والمأموم أحد من يتم به الجمع. لا يصح، فإنه يجوز للمريض والمسافر الجمع منفردا وفي المطر في أحد الوجهين. وإن قلنا: إن الجمع في المطر لا يصح إلا في الجماعة. فالذي يتم به الجمع الجماعة، لا عين الإمام والمأموم، ولم تختل الجماعة، وعلى ما ذكرناه، لو ائتم المأموم بإمام لا ينوي الجمع، فنواه المأموم، فلما سلم الإمام صلى المأموم الثانية، جاز.

لأننا أبحنا له مفارقة إمامة في الصلاة الواحدة لعذر، ففي الصلاتين أولى، ولأن نيتهما لم تختلف في الصلاة الأولى، وإنما نوى أن يفعل فعلا في غيرها، فأشبه ما لو نوى المسافر في الصلاة الأولى إتمام الثانية، وهكذا لو صلى المسافر بمقيمين، فنوى الجمع، فلما صلى بهم الأولى قام فصلى الثانية، جاز على هذا.

وكذلك لو صلى أحد صلاتي الجمع منفردا، ثم حضرت جماعة يصلون الثانية، فأمهم فيها، أو صلى معهم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٧

مأموما، جاز. وقول ابن عقيل يقتضي أن لا يجوز شيء من ذلك.

[مسألة قال نسي صلاة حضر فذكرها في السفر]

(١٢٧٠) مسألة؛ قال: (وإذا نسي صلاة حضر، فذكرها في السفر، أو صلاة سفر، فذكرها في الحضر، صلى في الحالتين صلاة حضر) . نص أحمد، رحمه الله، على هاتين المسألتين في رواية أبي داود والأثرم. قال في رواية الأثرم: أما المقيم إذا ذكرها في السفر، فذاك بالإجماع يصلي أربعا، وإذا نسيها في السفر، فذكرها في الحضر، صلى أربعا بالاحتياط، فإنما وجبت عليه الساعة، فذهب أبو عبد الله رحمه الله، إلى ظاهر الحديث: " فليصلها إذا ذكرها ". أما إذا نسي صلاة الحضر، فذكرها في السفر، فعليه الإتمام إجماعا، ذكره الإمام أحمد وابن المنذر؛ لأن الصلاة تعين عليه فعلها أربعا، فلم يجز له النقصان من عددها، كما لو لم يسافر، ولأنه إنما يقضي ما فاته، وقد فاته أربع.

وأما إن نسي صلاة السفر، فذكرها في الحضر، فقال أحمد: عليه الإتمام احتياطا. وبه قال الأوزاعي، وداود، والشافعي في أحد قوليه. وقال مالك، والثوري، وأصحاب الرأي: يصليها صلاة سفر؛ لأنه إنما يقضي ما فاته، ولم يفته إلا ركعتان. ولنا، أن القصر رخصة من رخص السفر، فيبطل بزواله، كالمسح ثلاثا.

ولأنها وجبت عليه في الحضر، بدليل قوله – عليه السلام –: " فليصلها إذا ذكرها ". ولأنها عبادة تختلف بالحضر والسفر، فإذا وجد أحد طرفيها في الحضر، غلب فيها حكمه، كما لو دخلت به السفينة البلد في أثناء الصلاة وكالمسح. و قياسهم ينتقض بالجمعة إذا فاتت، وبالمتيمم إذا فاتته الصلاة، فقضاها عند وجود الماء.." (١)

"[فصل نسي صلاة في سفر ثم ذكرها فيه]

(١٢٧١) فصل: وإن نسيها في سفر، فذكرها فيه، قضاها مقصورة، لأنها وجبت في السفر، وفعلت فيه، أشبه ما لو صلاها في وقتها. وإن ذكرها في سفر آخر، فكذلك؛ لما ذكرنا. وسواء ذكرها في الحضر أو لم يذكرها. ويحتمل أنه إذا ذكرها في الحضر لزمته تامة؛ لأنه وجب عليه فعلها تامة بذكره إياها. فبقيت في ذمته. والأول أولى؛ لأن وجوبها وفعلها في السفر، فكانت صلاة سفر، كما لو لم يذكرها في الحضر.

وذكر بعض أصحابنا، أن من شرط القصر كون الصلاة مؤداة؛ لأنها صلاة مقصورة، فاشترط لها الوقت، كالجمعة. وهذا فاسد؛ فإن هذا اشتراط بالرأي والتحكم لم يرد الشرع به، وال قياس على الجمعة غير

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٨

صحيح، فإن الجمعة لا تقضى، ويشترط لها الخطبتان والعدد والاستيطان، فجاز اشتراط الوقت لها، بخلاف صلاة السفر.

[فصل سافر بعد دخول وقت الصلاة]

(١٢٧٢) فصل: وإذا سافر بعد دخول وقت الصلاة، فقال ابن عقيل: فيه روايتان: إحداهما، قصرها قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن له قصرها. وهذا قول مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأنه سافر قبل خروج وقتها. أشبه ما لو سافر قبل وجوبها.

والثانية، ليس له قصرها؛ لأنها وجبت عليه في الحضر، فلزمه إتمامها، كما لو سافر بعد خروج وقتها، أو بعد إحرامه بها، وفارق ما قبل الوقت؛ لأن الصلاة لم تجب عليه.

[مسألة دخل الصلاة مع مقيم وهو مسافر]

(١٢٧٣) مسألة: قال: (وإذا دخل مع مقيم، وهو مسافر، ائتم) . وجملة ذلك أن المسافر متى ائتم بمقيم، لزمه الإتمام، سواء أدرك جميع الصلاة أو ركعة، أو أقل. قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن المسافر، يدخل في تشهد المقيمين؟ قال: يصلي أربعا.

وروي ذلك عن ابن عمر، وابن عباس، وجماعة من التابعين. وبه قال الثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي وقال إسحاق: للمسافر القصر؛ لأنها صلاة يجوز فعلها ركعتين، فلم تزد بالائتمام، كالفجر. وقال طاوس، والشعبي، وتميم بن حذلم، في المسافر يدرك من صلاة المقيم ركعتين: يجزيان وقال الحسن، والنخعي، والزهري، وقتادة، ومالك: إن أدرك ركعة أتم، وإن أدرك دونها قصر؛ لقول النبي." (١)

"[فصل لا يحرم غير البيع من العقود]

(١٢٩٤) فصل: ولا يحرم غير البيع من العقود، كالإجارة والصلح والنكاح. وقيل: يحرم؛ لأنه عقد معاوضة، أشبه البيع. ولنا، أن النهي مختص بالبيع، وغيره لا يساويه في الشغل عن السعي؛ لقلة وجوده، فلا يصح قياسه على البيع.

[فصل للسعي إلى الجمعة وقتان]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٩

(١٢٩٥) فصل: وللسعي إلى الجمعة وقتان: وقت وجوب، ووقت فضيلة. فأما وقت الوجوب فما ذكرناه، وأما وقت الفضيلة فمن أول النهار، فكلما كان أبكر كان أولى وأفضل. وهذا مذهب الأوزاعي، والشافعي، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. وقال مالك: لا يستحب التبكير قبل الزوال؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " من راح إلى الجمعة ".

والرواح بعد الزوال، والغدو قبله، قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «غدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها» . ويقال: تروحت عند انتصاف النهار.

قال امرؤ القيس:

تروح من الحي أم تبتكر

ولنا، ما روى أبو هريرة، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة، ثم راح في الساعة الأولى، فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية، فكأنما قرب بقرة، ومن راح في الساعة الثالثة، فكأنما قرب كبشا أقرن، ومن راح في الساعة الرابعة، فكأنما قرب دجاجة، ومن راح في الساعة الخامسة، فكأنما قرب بيضة، فإذا خرج الإمام حضرت الملائكة يستمعون الذكر» متفق عليه. وفي لفظ: «إذا كان يوم الجمعة وقف على كل باب من أبواب المسجد ملائكة يكتبون الأول فالأول، فإذا خرج الإمام طووا الصحف، وجاءوا يستمعون» . متفق عليه. وقال علقمة: خرجت مع عبد الله إلى الجمعة، فوجدت ثلاثة قد سبقوه، فقال: رابع أربعة، وما رابع أربعة ببعيد، إني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «إن الناس يجلسون من الله عز وجل يوم القيامة على قدر رواحهم إلى الجمعة» . رواه ابن ماجه. وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من غسل يوم الجمعة واغتسل، وبكر وابتكر، كان له بكل خطوة يخطوها أجر سنة، صيامها وقيامها» . أخرجه الترمذي، وقال: حديث حسن. رواه ابن ماجه، وزاد: «ومشى." (١)

"فأشبه الساهي، ثم إن أدرك الإمام في الركوع، ركع معه، وصحت له الثانية دون الأولى، وتصير الثانية أولاه، وإن فاته الركوع سجد معه، فإن سجد السجدتين معه، فقال القاضي: يتم بهما الركعة الأولى. وهذا مذهب الشافعي.

و قياس المذهب أنه متى قام إلى الثانية، وشرع في ركوعها، أو شيء من أفعالها المقصودة، أن الركعة الأولى تبطل، على ما ذكر في سجود السهو، ولكن إن لم يقم، ولكن سجد السجدتين من غير قيام، تمت

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٢١

ركعته. وقال أبو الخطاب: إذا سجد معتقدا جواز ذلك، اعتد له به، وتصح له الركعة، كما لو سجد وإمامه قائم، ثم إن أدرك الإمام في ركوع الثانية، صحت له الركعتان، وإن أدرك بعد رفع رأسه من ركوعه، فينبغي أن يركع ويتبعه، لأن هذا سبق يسير. ويحتمل أن تفوته الثانية بفوات الركوع.

وإن أدركه في التشهد، تابعه، وقضى ركعة بعد سلامه كالمسبوق. قال أبو الخطاب: ويسجد للسهو. ولا وجه للسجود هاهنا؛ لأن المأموم لا سجود عليه لسهو، ولأن هذا فعله عمدا، ولا يشرع السجود للعمد. وإن زحم عن سجدة واحدة، أو عن الاعتدال بين السجدتين، أو بين الركوع والسجود، أو عن جميع ذلك، فالحكم فيه كالحكم في الزحام عن السجود.

فأما إن زحم عن السجود في الثانية، فزال الزحام قبل سلام الإمام، سجد، واتبعه، وصحت الركعة. وإن لم يزل حتى سلم، فلا يخلو من أن يكون أدرك الركعة الأولى، أو لم يدركها، فإن أدركها فقد أدرك الجمعة بإدراكها، ويسجد الثانية بعد سلام الإمام، ويتشهد ويسلم، وقد تمت جمعته. وإن لم يكن أدرك الأولى، فإنه يسجد بعد سلام إمامه، وتصح له الركعة. وهل يكون مدركا للجمعة بذلك؟ على روايتين.

[فصل ركع مع الإمام ركعة فلما قام ليقضي الأخرى ذكر أنه لم يسجد مع إمامه إلا سجدة]

(١٣١٥) فصل: وإذا ركع مع الإمام ركعة، فلما قام ليقضي الأخرى ذكر أنه لم يسجد مع إمامه إلا سجدة واحدة، أو شك هل سجد واحدة أو اثنتين؟ فإنه إن لم يكن شرع في قراءة الثانية، رجع فسجد للأولى، فأتمها، وقضى الثانية، وتمت جمعته. نص أحمد على هذا، في رواية الأثرم. وإن كان شرع في قراءة الثانية، بطلت الأولى، وصارت الثانية أولاه.

وعلى كلا الحالتين يتمها جمعة، على ما نقله الأثرم. و قياس الرواية الأخرى في المزحوم أنه يتمها هاهنا ظهرا؛ لأنه لم يدرك ركعة كاملة. ولو قضى الركعة الثانية، ثم علم أنه ترك سجدة من إحداهما، لا يدري من أي الركعتين تركها، أو شك في تركها، فالحكم واحد، ويجعلها من الأولى، ويأتي بركعة مكانها. وفي كونه مدركا للجمعة وجهان، بناء على الروايتين.

فأما إن شك في إدراك الركوع مع الإمام، مثل أن كبر والإمام راكع، فرفع إمامه رأسه، فشك هل أدرك المجزئ من الركوع مع الإمام أو لا؟ لم يعتد بتلك الركعة، ويصلي ظهرا، قولا واحدا؛ لأن الأصل أنه ما أتى بها معه.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٣٤

"[فصل أدرك مع الإمام ما لا يتم به جمعة]

(١٣١٦) فصل: وكل من أدرك مع الإمام ما لا يتم به جمعة، فإنه في قول الخرقي ينوي ظهرا، فإن نوى جمعة لم تصح في ظاهر كلامه؛ لأنه اشترط للبناء على ما أدرك أن يكون قد دخل بنية الظهر، فمفهومه أنه إذا دخل بنية الجمعة لم يبن عليها.

وكلام أحمد، في رواية صالح وابن منصور، يحتمل هذا؛ لقوله في من أحرم، ثم زحم عن الركوع والسجود حتى سلم إمامه، قال: يستقبل ظهرا أربعا فيحتمل أنه أراد أنه يستأنف الصلاة، وذلك لأن الظهر لا تتأدى بنية الجمعة ابتداء، فكذلك دواما، كالظهر مع العصر. وقال أبو إسحاق بن شاقلا ينوي جمعة؛ لئلا يخالف نية إمامه، ثم يبني عليها ظهرا.

أربعا. وهذا ظاهر قول قتادة، وأيوب، ويونس، والشافعي؛ لأنهم قالوا في الذي أحرم مع الإمام بالجمعة، ثم زحم عن السجود حتى سلم الإمام: أتمها أربعا. فجوزوا له إتمامها ظهرا، مع كونه إنما أحرم بالجمعة.

وقال الشافعي من أدرك ركعة، فلما سلم الإمام علم أن عليه منها سجدة، قال: يسجد سجدة، ويأتي بثلاث ركعات؛ لأنه يجوز أن يأتم بمن يصلي الجمعة، فجاز أن يبني صلاته على نيتها، كصلاة المقيم مع المسافر، وكما ينوي أنه مأموم، ويتم بعد سلام إمامه منفردا، ولا يصح أن ينوي الظهر خلف من يصلي الجمعة في ابتدائها، وكذلك في أثنائها.

[فصل صلى الإمام الجمعة قبل الزوال فأدرك المأموم معه دون الركعة]

(١٣١٧) فصل: وإذا صلى الإمام الجمعة قبل الزوال، فأدرك المأموم معه دون الركعة، لم يكن له الدخول معه؛ لأنها في حقه ظهر، فلا يجوز قبل الزوال، كعذر يوم الجمعة، فإن دخل معه كانت نفلا في حقه ولم تجزئه عن الظهر.

ولو أدرك منها ركعة، ثم زحم عن سجودها، وقلنا تصير ظهرا، فإنها تنقلب نفلا؛ لئلا تكون ظهرا قبل وقتها.

[فصل صلى مع الإمام ركعة ثم زحم في الثانية وأخرج من الصف]

(١٣١٨) فصل: ولو صلى مع الإمام ركعة، ثم زحم في الثانية، وأخرج من الصف، فصار فذا، فنوى الانفراد عن الإمام، ف قياس المذهب أنه يتمها جمعة؛ لأنه مدرك لركعة منها مع الإمام، فيبني عليها جمعة، كما لو أدرك الركعة الثانية. وإن لم ينو الانفراد، وأتمها مع الإمام، ففيه روايتان: إحداهما، لا تصح؛ لأنه فذ في ركعة كاملة، أشبه ما لو فعل ذلك عمدا.

والثانية، تصح؛ لأنه قد يعفى في البناء عن تكميل الشروط، كما لو خرج الوقت وقد صلوا ركعة، وكالمسبوق بركعة، يقضي ركعة وحده.

[مسألة متى دخل وقت العصر وقد صلوا ركعة أتموا بركعة أخرى]

(١٣١٩) مسألة: قال: (ومتى دخل وقت العصر، وقد صلوا ركعة، أتموا بركعة أخرى، وأجزأتهم جمعة)." (١)

"ظاهر كلام الخرقي أنه لا يدرك الجمعة إلا بإدراك ركعة في وقتها، ومتى دخل وقت العصر قبل ركعة لم تكن جمعة.

وقال القاضي: متى دخل وقت العصر بعد إحرامه بها أتمها جمعة. ونحو هذا قال أبو الخطاب؛ لأنه أحرم بها في وقتها، أشبه ما لو أتمها فيه. والمنصوص عن أحمد أنه إذا دخل وقت العصر بعد تشهده وقبل سلامه، سلم وأجزأته. وهذا قول أبي يوسف، ومحمد. وظاهر هذا أنه متى دخل الوقت قبل ذلك، بطلت أو انقلبت ظهرا.

وقال أبو حنيفة: إذا خرج وقت الجمعة قبل فراغه منها، بطلت، ولا يبني عليها ظهرا، لأنهما صلاتان مختلفتان، فلا يبني أحدهما على الأخرى، كالظهر والعصر. والظاهر أن مذهب أبي حنيفة في هذا كما ذكرنا عن أحمد؛ لأن السلام عنده ليس من الصلاة. وقال الشافعي لا يتمها جمعة، ويبني عليها ظهرا؛ لأنهما صلاتا وقت واحد، فجاز بناء إحداهما على الأخرى، كصلاة الحضر والسفر.

واحتجوا على أنه لا يتمها جمعة. بأن ما كان شرطا في بعضها كان شرطا في جميعها، كالطهارة، وسائر الشروط.

ولنا قوله – عليه السلام –: «من أدرك من الجمعة ركعة فقد أدرك الصلاة» .

ولأنه أدرك ركعة من الجمعة، فكان مدركا لها، كالمسبوق بركعة، ولأن الوقت شرط يختص الجمعة، فاكتفي به في ركعة، كالجماعة، وما ذكروه ينتقض بالجماعة، فإنه يكتفي بإدراكها في ركعة، فعلى هذا إن دخل وقت العصر قبل ركعة، فعلى قياس قول الخرقي، تفسد ويستأنفها ظهرا، كقول أبي حنيفة. وعلى قول أبي إسحاق بن شاقلا، يتمها ظهرا. كقول الشافعي

وقد ذكرنا وجه القولين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٣٥

[فصل أدرك من الوقت ما يمكنه أن يخطب ثم يصلي ركعة]

(١٣٢٠) فصل: إذا أدرك من الوقت ما يمكنه أن يخطب ثم يصلي ركعة، ف قياس قول الخرقي، أن له التلبس بها؛ لأنه أدرك من الوقت ما يدركها فيه فإن شك هل أدرك من الوقت ما يدركها به أو لا؟ صحت؛ لأن الأصل بقاء الوقت وصحتها.

[مسألة دخل والإمام يخطب]

(٣٢١١) مسألة: قال (ومن دخل والإمام يخطب، لم يجلس حتى يركع ركعتين، يوجز فيهما) وبهذا قال الحسن، وابن عيينة، ومكحول، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر، وقال شريح، وابن سيرين، والنخعي، وقتادة، والثوري، ومالك، والليث، وأبو حنيفة، يجلس، ويكره له أن يركع؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال «للذي جاء يتخطى رقاب الناس: اجلس، فقد آذيت وأنيت» . رواه ابن ماجه

ولأن الركوع يشغله عن استماع الخطبة، فكره، كركوع غير الداخل.

ولنا ما روى جابر، قال: «جاء رجل والنبي – صلى الله عليه وسلم – يخطب الناس، فقال: صليت يا فلان؟ قال: لا، قال: قم، فاركع»

وفي رواية: «فصل ركعتين» متفق عليه." (١)

"مع من أحببت» ولم ينكر عليهم النبي – صلى الله عليه وسلم – كلامهم، ولو حرم عليهم لأنكره عليهم.

ولنا، ما روى أبو هريرة، قال: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا قلت لصاحبك أنصت – يوم الجمعة – والإمام يخطب، فقد لغوت» متفق عليه.

وروي عن أبي بن كعب، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قرأ يوم الجمعة " تبارك " فذكرنا بأيام الله، وأبو الدرداء أو أبو ذر يغمزني فقال: متى أنزلت هذه السورة، فإني لم أسمعها إلا الآن؟ فأشار إليه أن اسكت، فلما انصرفوا، قال: سألتك متى أنزلت هذه فلم تخبرني. قال أبي: ليس لك من صلاتك اليوم إلا ما لغوت فذهب إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فذكر له وأخبره بما قال أبي، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " صدق أبي " رواه عبد الله بن أحمد، في " المسند " وابن ماجه،

وروى أبو بكر بن أبي شيبة، بإسناده، عن أبي هريرة نحوه. وعن ابن عباس، قال: قال رسول الله – صلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٦/٢

الله عليه وسلم - «من تكلم يوم الجمعة، والإمام يخطب، فهو كمثل الحمار يحمل أسفارا» رواه ابن أبي خيثمة.

وما احتجوا به، فيحتمل أنه مختص بمن كلم الإمام، أو كلمه الإمام؛ لأنه لا يشتغل بذلك عن سماع خطبته، ولذلك سأل النبي - صلى الله عليه وسلم - هل صلى؟ فأجابه. وسأل عمر عثمان حين دخل وهو يخطب، فأجابه، فتعين حمل أخبارهم على هذا، جمعا بين الأخبار، وتوفيقا بينها، ولا يصح قياس غيره عليه؛ لأن كلام الإمام لا يكون في حال خطبته بخلاف غيره، وإن قدر التعارض فالأخذ بحديثنا أولى؛ لأنه قول النبي - صلى الله عليه وسلم - ونصه، وذلك سكوته، والنص أقوى من السكوت

(١٣٢٤) فصل: ولا فرق بين القريب والبعيد؛ لعموم ما ذكرناه، وقد روي عن عثمان - رضي الله عنه - أنه قال: من كان قريبا يسمع وينصت ومن كان بعيدا ينصت؛ فإن للمنصت الذي لا يسمع من الحظ ما للسامع،

وقد روى عبد الله بن عمرو، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «يحضر الجمعة ثلاثة نفر، رجل حضرها يلغو، وهو حظه منها، ورجل حضرها يدعو، فهو رجل دعا الله، فإن شاء أعطاه، وإن شاء منعه، ورجل حضرها بإنصات وسكون، ولم يتخط رقبة مسلم، ولم يؤذ أحدا، فهي كفارة إلى الجمعة التي تليها، وزيادة ثلاثة أيام، وذلك أن الله تعالى يقول: ﴿من جاء بالحسنة فله عشر أمثالها﴾ [الأنعام: ١٦٠] » رواه أبو داود.

(١٣٢٥) فصل: وللبعيد أن يذكر الله تعالى، ويقرأ القرآن، ويصلي على النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا يرفع صوته،." [(١)]

"، ولا يعتبر اجتماع الشروط للصحة، بل تصح ممن لا تجب عليه، تبعا لمن وجبت عليه، ولا يعتبر في وجوبها كونه ممن تنعقد به، فإنها تجب على من يسمع النداء من غير أهل المصر، ولا تنعقد به. (١٣٤٣)

فصل: ويعتبر استدامة الشروط في القدر الواجب من الخطبتين. وقال أبو حنيفة، في رواية عنه: لا يشترط العدد فيهما؛ لأنه ذكر يتقدم الصلاة، فلم يشترط له العدد، كالأذان. ولنا، أنه ذكر من شرائط الجمعة، فكان من شرطه العدد، كتكبيرة الإحرام، ويفارق الأذان، فإنه ليس بشرط، وإنما مقصوده الإعلام، والإعلام للغائبين، والخطبة مقصودها التذكير والموعظة، وذلك إنما يكون للحاضرين، وهي مشتقة من الخطاب،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٣٨

والخطاب إنما يكون للحاضرين

فعلى هذا إن انفضوا في أثناء الخطبة، ثم عادوا فحضروا القدر الواجب، أجزأهم، وإلا لم يجزئهم، إلا أن يحضروا القدر الواجب، ثم ينفضوا ويعودوا قبل شروعه في الصلاة، من غير طول الفصل، فإن طال الفصل، لزمه إعادة الخطبة، إن كان الوقت متسعا؛ لأنهم من أهل وجوب الجمعة، والوقت متسع لها، لتصح لهم الجمعة، وإن ضاق الوقت صلوا ظهرا، والمرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة (١٣٤٤)

فصل: ويعتبر استدامة الشروط في جميع الصلاة، فإن نقص العدد قبل كمالها، فظاهر كلام أحمد أنه لا يتمها جمعة وهذا أحد قولي الشافعي لأنه فقد بعض شرائط الصلاة، فأشبه فقد الطهارة. و قياس قول الخرقي أنهم إن انفضوا بعد ركعة، أنه يتمها جمعة، وهذا قول مالك، وقال المزني: هو الأشبه عندي؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من أدرك من الجمعة ركعة أضاف إليها أخرى» .

ولأنهم أدركوا ركعة، فصحت لهم جمعة، كالمسبوقين بركعة، ولأن العدد شرط يختص الجمعة، فلم يفت بفواته في ركعة، كما لو دخل وقت العصر وقد صلوا ركعة. وقال أبو حنيفة: إن انفضوا بعدما صلى ركعة بسجدة واحدة، أتمها جمعة؛ لأنهم أدركوا معظم الركعة، فأشبه ما لو أدركوها بسجدتيها. وقال إسحاق: إن بقي معه اثنا عشر رجلا، أتمها جمعة لأن أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – انفضوا عنه، فلم يبق معه إلا اثنا عشر رجلا، فأتمها جمعة.

وقال الشافعي، في أحد أقواله: إن بقي معه اثنان، أتمها جمعة وهو قول الثوري؛ لأنهم أقل الجمع وحكى عنه أبو ثور: إن بقي معه واحد أتمها جمعة؛ لأن الاثنين جماعة.

ولنا، أنهم لم يدركوا ركعة كاملة بشروط الجمعة فأشبه ما لو انفض الجميع قبل الركوع في الأولى. وقولهم: أدرك معظم الركعة، يبطل بمن لم يفته من الركعة إلا السجدتان، فإنه قد أدرك معظمها.

وقول الشافعي: بقي معه من تنعقد به الجماعة قلنا: لا يصح، لأن هذا لا يكفي في الابتداء، فلا يكفي في الدوام. إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا لا يتمها جمعة، ف قياس قول الخرقي أنها تبطل، ويستأنف." (١)

"ظهرا، إلا أن يمكنهم فعل الجمعة مرة أخرى، فيعيدونها قال أبو بكر: لا أعلم خلافا عن أحمد، إن لم يتم العدد في الصلاة والخطبة، أنهم يعيدون الصلاة.

و قياس قول أبي إسحاق بن شاقلا أنهم يتمونها ظهرا وهذا قول القاضي وقال: قد نص عليها أحمد في

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٤٧

الذي زحم عن أفعال الجمعة حتى سلم الإمام، يتمها ظهرا، ووجه القولين قد تقدم.

[مسألة إذا كان البلد كبيرا يحتاج إلى جوامع فصلاة الجمعة في جميعها جائزة]

(١٣٤٥) مسألة: قال: (وإذا كان البلد كبيرا يحتاج إلى جوامع، فصلاة الجمعة في جميعها جائزة) وجملته أن البلد متى كان كبيرا، يشق على أهله الاجتماع في مسجد واحد، ويتعذر ذلك لتباعد أقطاره، أو ضيق مسجده عن أهله، كبغداد وأصبهان ونحوهما من الأمصار الكبار، جازت إقامة الجماعة فيما يحتاج إليه من جوامعها، وهذا قول عطاء.

وأجازه أبو يوسف في بغداد دون غيرها؛ لأن الحدود تقام فيها في موضعين، والجمعة حيث تقام الحدود، ومقتضى قوله: إنه لو وجد بلد آخر تقام فيه الحدود في موضعين، جازت إقامة الجمعة في موضعين منه؛ لأن الجمعة حيث تقام الحدود، وهذا قول ابن المبارك

وقال أبو حنيفة، ومالك والشافعي: لا تجوز الجمعة في بلد واحد في أكثر من موضع واحد؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يكن يجمع إلا في مسجد واحد» وكذلك الخلفاء بعده، ولو جاز لم يعطلوا المساجد، حتى قال ابن عمر: لا تقام الجمعة إلا في المسجد الأكبر، الذي يصلي فيه الإمام.

ولنا، أنها صلاة شرع لها الاجتماع والخطبة، فجازت فيما يحتاج إليه من المواضع، كصلاة العيد.

وقد ثبت أن عليا، - رضي الله عنه - كان يخرج يوم العيد إلى المصلى، ويستخلف على ضعفة الناس أبا مسعود البدري، فيصلي بهم. فأما ترك النبي - صلى الله عليه وسلم - إقامة جمعتين، فلغناهم عن إحداهما، ولأن أصحابه كانوا يرون سماع خطبته، وشهود جمعته، وإن بعدت منازلهم، ل أنه المبلغ عن الله تعالى، وشارع الأحكام، ولما دعت الحاجة إلى ذلك في الأمصار صليت في أماكن، ولم ينكر، فصار إجماعا.

وقول ابن عمر، يعني أنها لا تقام في المساجد الصغار ويترك الكبير، وأما اعتبار ذلك بإقامة الحدود، فلا وجه له. قال أبو داود: سمعت أحمد يقول: أي حد كان يقام بالمدينة، قدمها مصعب بن عمير وهم مختبئون في دار، فجمع بهم وهم أربعون. (١٣٤٦)

فصل: فأما مع عدم الحاجة فلا يجوز في أكثر من واحد، وإن حصل الغنى باثنتين لم تجز الثالثة، وكذلك ما زاد، لا نعلم في هذا مخالفا، إلا أن عطاء قيل له: إن أهل البصرة لا يسعهم المسجد الأكبر.

قال: لكل قوم مسجد يجمعون فيه، ويجزئ ذلك من التجميع في المسجد الأكبر. وما عليه الجمهور أولى، إذ لم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وخلفائه أنهم جمعوا أكثر من جمعة، إذ لم تدع

الحاجة إلى ذلك، ولا يجوز إثبات الأحكام بالتحكم بغير دليل، فإن صلوا جمعتين في مصر واحد من غير حاجة، وإحداهما." [1]

"الشك في شرطها، ويحتمل أن لهم إقامتها؛ لأننا لم نتيقن المانع من صحتها. والأول أولى

(١٣٤٧) فصل: وإن أحرم بالجمعة فتبين في أثناء الصلاة أن الجمعة قد أقيمت في المصر، بطلت الجمعة، ولزمهم استئناف الظهر؛ لأننا تبينا أنه أحرم بها في وقت لا يجوز الإحرام بالجمعة، فلا تصح، فأشبه، ما لو تبين أنه أحرم بها بعد دخول وقت العصر. وقال القاضي: يستحب أن يستأنف ظهرا، وهذا من قوله يدل على أن له إتمامها ظهرا قياسا على المسبوق الذي أدرك دون الركعة، وكما لو أحرم بالجمعة فانفض العدد قبل إتمامها.

والفرق ظاهر؛ فإن هذا أحرم بها في وقت لا تصح الجمعة فيه، ولا يجوز الإحرام بها، والأصل الذي قاس عليه بخلاف هذا. (١٣٤٨) فصل: وإذا كانت قرية إلى جانب مصر، يسمعون النداء منه، فأقاموا جمعة فيها، لم تبطل جمعة أهل المصر؛ لأنهم في غير المصر، ولأن لجمعة المصر مزية بكونها فيه. ولو كان مصران متقاربان، يسمع أهل كل مصر نداء المصر الآخر، كأهل مصر والقاهرة، لم تبطل جمعة أحدهما بجمعة الآخر.

وكذلك القريتان المتقاربتان؛ لأن لكل قوم منهم حكم أنفسهم، بدليل أن جمعة أحد الفريقين لا يتم عددها بالفريق الآخر، ولا تلزمهم الجمعة بكمال العدة بالفريق الآخر، وإنما يلزمهم السعي إذا لم يكن لهم جمعة، فهم كأهل المحلة القريبة من المصر.

[مسألة لا جمعة على مسافر ولا عبد ولا امرأة]

(١٣٤٩) مسألة: قال: (ولا جمعة على مسافر، ولا عبد، ولا امرأة) وعن أبي عبد الله، رحمه الله، في العبد روايتان: إحداهما، أن الجمعة عليه واجبة. والرواية الأخرى ليست عليه بواجبة. أما المرأة فلا خلاف في أنها لا جمعة عليها. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لا جمعة على النساء.

ولأن المرأة ليست من أهل الحضور في مجامع الرجال، ولذلك لا تجب عليها جماعة. وأما المسافر فأكثر أهل العلم يرون أنه لا جمعة عليه كذلك. قاله مالك في أهل المدينة، والثوري في أهل العراق، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور وروي ذلك عن عطاء، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، والشعبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٤٨

وحكي عن الزهري، والنخعي، أنها تجب عليه؛ لأن الجماعة تجب عليه، فالجمعة أولى
ولنا «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يسافر فلا يصلي الجمعة في سفره وكان في حجة الوداع بعرفة يوم جمعة، فصلى الظهر والعصر، وجمع بينهما، ولم يصل جمعة» والخلفاء الراشدون – رضي الله عنهم –، كانوا." [١]

"(١٣٥٤) فصل: تجب الجمعة على الأعمى وقال أبو حنيفة: لا تجب عليه. ولنا عموم الآية، والأخبار، وقوله: «الجمعة واجبة إلا على أربعة» وما ذكرنا في وجوب الجماعة عليه.

(١٣٥٥) مسألة: قال: (وإن حضروها أجزأتهم) يعني تجزئهم الجمعة عن الظهر، ولا نعلم في هذا خلافا. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لا جمعة على النساء، وأجمعوا على أنهن إذا حضرن فصلين الجمعة أن ذلك يجزئ عنهن؛ لأن إسقاط الجمعة للتخفيف عنهن، فإذا تحملوا المشقة وصلوا، أجزأهم، كالمريض. (١٣٥٦)

فصل: والأفضل للمسافر حضور الجمعة،؛ لأنها أكمل.

فأما العبد فإن أذن له سيده في حضورها فهو أفضل؛ لينال فضل الجمعة وثوابها، ويخرج من الخلاف. وإن منعه سيده لم يكن له حضورها، إلا أن نقول بوجوبها عليه. وأما المرأة فإن كانت مسنة فلا بأس بحضورها وإن كانت شابة، جاز حضورها، وصلاتهما في بيوتهما خير لهما، كما روي في الخبر: «وبيوتهن خير لهن» . وقال أبو عمرو الشيباني: رأيت ابن مسعود يخرج النساء من الجامع يوم الجمعة، يقول: اخرجن إلى بيوتكن خير لكن.

(١٣٥٧) فصل: ولا تنعقد الجمعة بأحد من هؤلاء، ولا يصح أن يكون إماما فيها. وقال أبو حنيفة، والشافعي: يجوز أن يكون العبد والمسافر إماما فيها، ووافقهم مالك في المسافر.

وحكي عن أبي حنيفة أن الجمعة تصح بالعبيد والمسافرين؛ لأنهم رجال تصح منهم الجمعة.

ولنا، أنهم من غير أهل فرض الجمعة، فلم تنعقد الجمعة بهم، ولم يجز أن يؤموا فيها، كالنساء والصبيان، ولأن الجمعة إنما تنعقد بهم تبعا لمن انعقدت به، فلو انعقدت بهم أو كانوا أئمة فيها صار التبع متبوعا، وعليه يخرج الحر المقيم، ولأن الجمعة لو انعقدت بهم لانعقدت بهم منفردين، كالأحرار المقيمين، و قياسهم منتقض بالنساء والصبيان. (١٣٥٨)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٥٠

فصل: فأما المريض، ومن حبسه العذر من المطر والخوف، فإذا تكلف حضورها وجبت عليه، وانعقدت به،." (١)

"غسلان اجتمعا، فأشبها غسل الحيض والجنابة، وإن اغتسل للجنابة، ولم ينو غسل الجمعة، ففيه وجهان، أحدهما لا يجزئه.

وروي عن بعض بني أبي قتادة، أنه دخل عليه يوم الجمعة مغتسلا، فقال: للجمعة اغتسلت؟ فقال: لا، ولكن للجنابة. قال: فأعد غسل الجمعة. ووجه ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «وإنما لكل امرئ ما نوى» . والثاني: يجزئه، لأنه مغتسل، فيدخل في عموم الحديث، ولأن المقصود التنظيف، وهو حاصل بهذا الغسل، وقد روي في بعض الحديث: «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة» (١٣٦٦)

فصل: ومن لا يأتي الجمعة فلا غسل عليه قال أحمد: ليس على النساء غسل يوم الجمعة، وعلى قياسهن الصبيان والمسافر والمريض. وكان ابن عمر، وعلقمة، لا يغتسلان في السفر، وكان طلحة يغتسل وروي عن مجاهد، وطاوس، ولعلهم أخذوا بعموم قوله - صلى الله عليه وسلم -: «غسل الجمعة واجب على كل محتلم» وغيره من الأخبار العامة.

ولنا قوله - عليه السلام -: «من أتى الجمعة فليغتسل» ولأن المقصود التنظيف، وقطع الرائحة حتى لا يتأذى غيره به، وهذا مختص بمن أتى الجمعة، والأخبار العامة يراد بها هذا، ولهذا سماه غسل الجمعة، ومن لا يأتيها لا يكون غسله غسل الجمعة، وإن أتاها أحد ممن لا تجب عليه استحب له الغسل لعموم الخبر، ووجود المعنى فيه.

[فصل يستحب أن يلبس ثوبين نظيفين للجمعة]

(١٣٦٧) فصل: ويستحب أن يلبس ثوبين نظيفين؛ لما روى عبد الله بن سلام، أنه سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في يوم الجمعة يقول: «ما على أحدكم لو اشترى ثوبين ليوم جمعة سوى ثوبي مهنته» رواه مسلم، وأبو داود، وابن ماجه وجاء في حديث: «من لبس أحسن ثيابه يوم الجمعة، واغتسل.» وذكر الحديث. وأفضلها البياض؛ لقوله: - عليه السلام - «خير ثيابكم البياض، ألبسوها أحياءكم، وكفنوا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٥٣

فيها موتاكم» ويستحب أن يعتم ويرتدي، لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يفعل ذلك، والإمام في هذا ونحوه آكد من غيره، لأنه المنظور إليه من بين الناس.." [(١)]

"اجتمع في يومكم هذا عيدان، فمن شاء أجزأه من الجمعة، وإنا مجمعون» . رواه ابن ماجه. وعن ابن عمر، وابن عباس، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – نحو ذلك.

ولأن الجمعة إنما زادت عن الظهر بالخطبة، وقد حصل سماعها في العيد، فأجزأ عن سماعها ثانيا، ولأن وقتهما واحد بما بيناه، فسقطت إحداهما بالأخرى، كالجمعة مع الظهر، وما احتجوا به مخصوص بما رويناه، و قياسهم منقوض بالظهر مع الجمعة، فأما الإمام فلم تسقط عنه؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «وإنا مجمعون» ولأنه لو تركها لامتنع فعل الجمعة في حق من تجب عليه، ومن يريدها ممن سقطت عنه، بخلاف غيره من الناس. (١٣٨٢)

فصل: وإن قدم الجمعة فصلاها في وقت العيد، فقد روي عن أحمد، قال: تجزئ الأولى منهما، فعلى هذا تجزئه عن العيد والظهر، ولا يلزمه شيء إلى العصر عند من جوز الجمعة في وقت العيد. وقد روى أبو داود، بإسناده عن عطاء، قال: اجتمع يوم الجمعة ويوم فطر على عهد ابن الزبير، فقال: عيدان قد اجتمعا في يوم واحد، فجمعهما وصلاهما ركعتين بكرة، فلم يزد عليهما حتى صلى العصر. وروي عن ابن عباس أنه بلغه فعل ابن الزبير، فقال: أصاب السنة.

قال الخطابي: وهذا لا يجوز أن يحمل إلا على قول من يذهب إلى تقديم الجمعة قبل الزوال، فعلى هذا يكون ابن الزبير قد صلى الجمعة فسقط العيد، والظهر، ولأن الجمعة إذا سقطت مع تأكدها، فالعيد أولى أن يسقط بها، أما إذا قدم العيد فإنه يحتاج إلى أن يصلي الظهر في وقتها إذا لم يصل الجمعة.

[مسألة تجب الجمعة على من بينه وبين الجامع فرسخ]

(١٣٨٣) مسألة: قال: (وتجب الجمعة على من بينه وبين الجامع فرسخ) هذا في حق غير أهل المصر، أما أهل المصر فيلزمهم كلهم الجمعة، بعدوا أو قربوا. قال أحمد: أما أهل المصر فلا بد لهم من شهودها، سمعوا النداء أو لم يسمعوا؛ وذلك لأن البلد الواحد بني للجمعة، فلا فرق بين القريب والبعيد، ولأن المصر لا يكاد يكون أكثر من فرسخ، فهو في مظنة القرب، فاعتبر ذلك. وهذا قول أصحاب الرأي، ونحوه قول الشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٥٨

فأما غير أهل المصر، فمن كان بينه وبين الجامع فرسخ فما دون، فعليه الجمعة، وإن كان أبعد فلا جمعة عليه. وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب وهو قول مالك، والليث. وروي عن عبد الله بن عمرو، قال: الجمعة على من سمع النداء. وهذا قول الشافعي، وإسحاق؛ لما روى عبد الله بن عمرو، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «الجمعة على من سمع النداء» رواه أبو داود.

والأشبه أنه من كلام عبد الله بن عمرو ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم –." (١)

"ووجوبها على الدوام، وتكررها في كل يوم وليلة، وغيرها يجب نادرا ولعارض، كصلاة الجنازة والمنذورة والصلاة المختلف فيها، فلم يذكرها، و قياسهم لا يصح؛ لأن كونها ذات ركوع وسجود لا أثر له، بدليل أن النوافل كلها فيها ركوع وسجود، وهي غير واجبة، فيجب حذف هذا الوصف، لعدم أثره، ثم ينقض قياسهم بصلاة الجنازة، وينتقض على كل حال بالمنذورة.

[مسألة إظهار التكبير في ليالي العيدين]

مسألة: قال (ويظهرون التكبير في ليالي العيدين، وهو في الفطر آكد، لقول الله تعالى ﴿ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم ولعلكم تشكرون﴾ [البقرة: ١٨٥] وجملته أنه يستحب للناس إظهار التكبير في ليلتي العيدين في مساجدهم ومنازلهم وطرقهم، مسافرين كانوا أو مقيمين، لظاهر الآية المذكورة. قال بعض أهل العلم في تفسيرها: لتكملوا عدة رمضان، ولتكبروا الله عند إكماله على ما هداكم.

ومعنى إظهار التكبير رفع الصوت به، واستحب ذلك لما فيه من إظهار شعائر الإسلام، وتذكير الغير، وكان ابن عمر يكبر في قبته بمنى، يسمعه أهل المسجد فيكبرون، ويكبر أهل الأسواق، حتى ترتج منى تكبيرا.

قال أحمد: كان ابن عمر يكبر في العيدين جميعا، ويعجبنا ذلك.

واختص الفطر بمزيد تأكيد؛ لورود النص فيه، وليس التكبير واجبا. وقال داود: هو واجب في الفطر؛ لظاهر الآية. ولنا، أنه تكبير في عيد، فأشبه تكبير الأضحى، ولأن الأصل عدم الوجوب، ولم يرد من الشرع إيجابه، فيبقى على الأصل، والآية ليس فيها أمر، إنما أخبر الله تعالى عن إرادته، فقال: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم﴾ [البقرة: ١٨٥] (١٣٩٥) فصل: ويستحب أن يكبر في طريق العيد، ويجهر بالتكبير.

قال ابن أبي موسى: يكبر الناس في خروجهم من منازلهم لصلاتي العيدين جهرا، حتى يأتي الإمام المصلى،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٦٦

ويكبر الناس بتكبير الإمام في خطبته، وينصتون فيما سوى ذلك.
قال سعيد: حدثنا عبد العزيز بن محمد، حدثنا عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر أنه كان إذا خرج من بيته إلى العيد كبر حتى يأتي المصلى. وروي ذلك عن سعيد بن جبير، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، واختلف فيه عن إبراهيم (١٣٩٦) فصل: قال القاضي: التكبير في الأضحى مطلق ومقيد؛ فالمقيد عقيب الصلوات.
والمطلق في كل حال في الأسواق، وفي كل زمان. وأما الفطر فمسنونه مطلق غير مقيد، على ظاهر كلام أحمد.." (١)

"﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨] .
وقد روى أبو سعيد «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يتعوذ قبل القراءة.» وإنما جمع بينهما في سائر الصلوات؛ لأن القراءة تلي الاستفتاح من غير فاصل، فلزم أن يليه ما يكون في أولها، بخلاف مسألتنا، وأيا ما فعل كان جائزا.
وإذا فرغ من الاستفتاح حمد الله وأثنى عليه، وصلى على النبي - صلى الله عليه وسلم - ثم فعل هذا بين كل تكبيرتين، فإن قال ما ذكره الخرقي فحسن؛ لأنه يجمع ما ذكرناه، وإن قال غيره نحو أن يقول: سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله، والله أكبر. أو ما شاء من الذكر، فجائز. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعي: يكبر متواليا، لا ذكر بينه، لأنه لو كان بينه ذكر مشروع لنقل، كما نقل التكبير، ولأنه ذكر من جنس مسنون، فكان متواليا، كالتسبيح في الركوع والسجود.
ولنا، ما روى علقمة، أن عبد الله بن مسعود، وأبا موسى، وحذيفة، خرج عليهم الوليد بن عقبة قبل العيد يوما، فقال لهم: إن هذا العيد قد دنا، فكيف التكبير فيه؟ فقال عبد الله تبدأ فتكبر تكبيرة تفتتح بها الصلاة، وتحمد ربك، وتصلي على النبي - صلى الله عليه وسلم - ثم تدعو وتكبر، وتفعل مثل ذلك، ثم تدعو وتكبر، وتفعل مثل ذلك، ثم تدعو وتكبر، وتفعل مثل ذلك، ثم تدعو وتكبر، وتفعل مثل ذلك، ثم تدعو وتكبر، وتفعل مثل ذلك، ثم تقرأ ثم تكبر وتركع، ثم تقوم فتقرأ وتحمد ربك، وتصلي على النبي - صلى الله عليه وسلم - ثم تدعو وتكبر وتفعل مثل ذلك، ثم تكبر وتفعل مثل ذلك، ثم تكبر وتفعل مثل ذلك، ثم تركع. فقال حذيفة وأبو موسى: صدق أبو عبد الرحمن. رواه الأثرم، في " سننه "
ولأنها تكبيرات حال القيام فاستحب أن يتخللها ذكر، كتكبيرات الجنازة، وتفارق التسبيح، لأنه ذكر يخفى

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٣/٢

ولا يظهر بخلاف التكبير. و قياسهم منتقض بتكبيرات الجنازة.

قال القاضي: يقف بين كل تكبيرتين بقدر آية، لا طويلة ولا قصيرة.

وهذا قول الشافعي. (١٤١٧) فصل: والتكبيرات والذكر بينها سنة، وليس بواجب، ولا تبطل الصلاة بتركه عمدا ولا سهوا، ولا أعلم فيه خلافا، فإن نسي التكبير، وشرع في القراءة، لم يعد إليه. قاله ابن عقيل، وهو أحد قولي الشافعي، لأنه سنة فلم يعد إليه بعد الشروع في القراءة، كالاستفتاح. وقال القاضي: فيها وجه آخر، أنه يعود إلى التكبير.

وهو قول مالك، وأبي ثور، والقول الثاني للشافعي؛ لأنه ذكره في محله، فيأتي به كما قبل الشروع في القراءة، وهذا لأن محله القيام، وقد ذكره فيه، فعلى هذا يقطع القراءة ويكبر، ثم يستأنف القراءة، لأنه قطعها متعمدا بذكر طويل. وإن كان المنسي شيئا يسيرا احتمل." (١)

"أن عليا – رضي الله عنه – رأى قوما يصلون قبل العيد، فقال: ما كان هذا يفعل على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم –.

وقال أحمد: أهل المدينة لا يتطوعون قبلها، ولا بعدها، وأهل البصرة يتطوعون قبلها، وبعدها، وأهل الكوفة لا يتطوعون قبلها، ويتطوعون بعدها. وهذا قول علقمة، والأسود، ومجاهد، وابن أبي ليلى، والنخعي، والثوري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي. وقال مالك: لا يتطوع في المصلى قبلها ولا بعدها.

وله في المسجد روايتان: إحداهما، يتطوع؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين» . وقال الشافعي: يكره التطوع للإمام دون المأموم؛ لأن الإمام لا يستحب له التشاغل عن الصلاة، ولم يكره للمأموم، لأنه وقت لم ينه عن الصلاة فيه، أشبه ما بعد الزوال. ولنا ما روى ابن عباس، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – خرج يوم الفطر، فصلى ركعتين، لم يصل قبلهما ولا بعدهما» . متفق عليه. وروى ابن عمر نحوه.

ولأنه إجماع كما ذكرناه عن الزهري وغيره، ونهى أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عنه، ورووا الحديث وعملوا به، ولأنه وقت نهي الإمام عن التنفل فيه، فكره للمأموم، كسائر أوقات النهي، وكما قبل الصلاة عند أبي حنيفة، وكما لو كان في المصلى عند مالك. قال الأثرم: قلت لأحمد: قال سليمان بن حرب: إنما ترك النبي – صلى الله عليه وسلم – التطوع لأنه كان إماما.

قال أحمد: فالذين رووا هذا عن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يتطوعوا. ثم قال ابن عمر، وابن عباس،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٨٤

هما راوياه، وأخذا به. يشير والله أعلم إلى أن عمل راوي الحديث به تفسير له، وتفسيره يقدم على تفسير غيره.

ولو كانت الكراهة للإمام كي لا يشتغل عن الصلاة، لاختصت بما قبل الصلاة، إذ لم يبق بعدها ما يشتغل به، ولأنه تنفل في المصلى وقت صلاة العيد فكره، كالذي سلموه، و قياسهم منتقض بالإمام، وقد روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان يكبر في صلاة العيد سبعا وخمسا، ويقول: لا صلاة قبلها ولا بعدها» . حكى ابن عقيل أن الإمام ابن بطة رواه بإسناده.

[فصل رجل يصلي صلاة في وقت العيد]

(١٤٢٣) فصل: قيل لأحمد: فإن كان رجل يصلي صلاة في ذلك الوقت؟ قال: أخاف أن يقتدي به بعض من يراه. يعني لا يصلي. قال ابن عقيل: وكره أحمد أن يتعمد لقضاء، صلاة، وقال: أخاف أن يقتدوا به . (١٤٢٤)

فصل: وإنما يكره التنفل في موضع الصلاة، فأما في غيره فلا بأس به، وكذلك لو خرج منه، ثم عاد إليه بعد الصلاة، فلا بأس بالتطوع فيه. قال عبد الله بن أحمد: سمعت أبي يقول: روى ابن عباس «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يصل قبلها ولا بعدها» . ورأيته يصلي بعدها ركعات في البيت، وربما." [(١)]

"إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فشهدوا أنهم رأوا الهلال بالأمس، فأمرهم أن يفطروا. فإذا أصبحوا أن يغدوا إلى مصلاهم» . رواه أبو داود.

قال الخطابي: سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أولى، وحديث أبي عمير صحيح، فالمصير إليه واجب. ولأنها صلاة مؤقتة، فلا تسقط بفوات الوقت، كسائر الفرائض، و قياسهم على الجمعة لا يصح؛ لأنها معدول بها عن الظهر بشرائط منها الوقت، فإذا فات واحد منها رجع إلى الأصل.

[فصل فاتته صلاة العيد حتى زالت الشمس وأحب قضاءها]

(١٤٢٩) فصل: فأما الواحد إذا فاتته حتى تزول الشمس، وأحب قضاءها، قضاها متى أحب. وقال ابن عقيل: لا يقضيها إلا من الغد، قياسا على المسألة التي قبلها. وهذا لا يصح؛ لأن ما يفعله تطوع، فمتى أحب أتى به، وفارق ما إذا لم يعلم الإمام والناس، لأن الناس تفرقوا يومئذ على أن العيد في الغد، فلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٨٨

يجتمعون إلا من الغد، ولا كذلك هاهنا، فإنه لا يحتاج إلى اجتماع الجماعة.
ولأن صلاة الإمام هي الصلاة الواجبة، التي يعتبر لها شروط العيد ومكانه وصفة صلاته، فاعتبر لها الوقت، وهذا بخلافه.

[فصل شرط صلاة العيدين الاستيطان]

(١٤٣٠) فصل: ويشترط الاستيطان لوجوبها؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يصلها في سفره. ولا خلفاؤه وكذلك العدد المشترط للجمعة؛ لأنها صلاة عيد، فأشبهت الجمعة. وفي إذن الإمام روايتان: أصحهما، ليس بشرط.
ولا يشترط شيء من ذلك لصحتها، لأنها تصح من الواحد في القضاء، وقال أبو الخطاب في ذلك كله روايتان. وقال القاضي: كلام أحمد يقتضي روايتين: إحداهما، لا يقام العيد إلا حيث تقام الجمعة وهذا مذهب أبي حنيفة إلا أنه لا يرى ذلك إلا في مصر، لقوله: لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع. والثانية، يصليها المنفرد والمسافر، والعبد والنساء، على كل حال.
وهذا قول الحسن والشافعي، لأنه ليس من شرطها الاستيطان فلم يكن من شرطها الجماعة، كالنوافل، إلا أن الإمام إذا خطب مرة، ثم أرادوا أن يصلوا، لم يخطبوا وصلوا بغير خطبة، كي لا يؤدي إلى تفريق الكلمة، والتفصيل الذي ذكرناه أولى ما قيل به، إن شاء الله تعالى.

[مسألة التكبير يوم عرفة]

(١٤٣١) مسألة؛ قال: (ويبتدئ التكبير يوم عرفة من صلاة الفجر) لا خلاف بين العلماء – رحمهم الله –، في أن التكبير مشروع في عيد النحر، واختلفوا في مدته، فذهب إمامنا – رضي الله عنه – إلى أنه من صلاة الفجر يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق. وهو قول عمر، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود – رضي الله عنهم –، وإليه ذهب الثوري، وابن عيينة." (١)

"إلى الرفق به. وأما مفارقة الإمام فجائزة للعذر، ولا بد منها على القولين، فإنهم جوزوا للطائفة الأولى مفارقة الإمام والذهاب إلى وجه العدو، وهذا أعظم مما ذكرناه، فإنه لا نظير له في الشرع، ولا يوجد مثله في موضع آخر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٩١

(١٤٤٣) فصل: وإن صلى بهم كمذهب أبي حنيفة، جاز، نص عليه أحمد. ولكن يكون تاركا للأولى والأحسن. وبهذا قال ابن جرير، وبعض أصحاب الشافعي. (١٤٤٤) فصل: ولا تجب التسوية بين الطائفتين؛ لأنه لم يرد بذلك نص ولا قياس. ويجب أن تكون الطائفة التي بإزاء العدو ممن تحصل الثقة بكفايتها وحراستها، ومتى خشي اختلال حالهم واحتيج إلى معونتهم بالطائفة الأخرى، فللإمام أن ينهد إليهم بمن معه، ويبنوا على ما مضى من صلاتهم.

[فصل صلوا الجمعة صلاة الخوف]

(١٤٤٥) فصل: فإن صلوا الجمعة صلاة الخوف جاز، إذا كانت كل طائفة أربعين. فإن قيل: فالعدد شرط في الجمعة كلها، ومتى ذهبت الطائفة الأولى بقي الإمام منفردا، فتبطل كما لو نقص العدد. فالجواب: أن هذا جاز لأجل العذر، ولأنه يترقب مجيء الطائفة الأخرى، بخلاف الانفضاض. ولا يجوز أن يخطب بإحدى الطائفتين، ويصلي بالأخرى، حتى يصلي معه من حضر الخطبة. وبهذا قال الشافعي.

[فصل الطائفة الأولى في حكم الائتمام في صلاة الخوف]

(١٤٤٦) فصل: والطائفة الأولى في حكم الائتمام قبل مفارقة الإمام، فإن سها لحقهم حكم سهوه فيما قبل مفارقته، وإن سهوا لم يلزمهم حكم سهوهم، لأنهم مأمومون. وأما بعد مفارقته: فإن سها لم يلزمهم حكم سهوه، فإن سهوا لحقهم حكم سهوهم؛ لأنهم منفردون.

وأما الطائفة الثانية، فيلحقها حكم سهو إمامها في جميع صلاته، ما أدركت منها وما فاتها، كالمسبوق يلحقه حكم سهو إمامه فيما لم يدركه.

ولا يلحقها حكم سهوها في شيء من صلاتها؛ لأنها إن فارقته فعلا لقضاء ما فاتها، فهي في حكم المؤتم به، لأنهم يسلمون بسلامه، فإذا فرغت من قضاء ما فاتها، سجد وسجدت معه، فإن سجد الإمام قبل إتمامها سجدت؛ لأنها مؤتمة به، فيلزمها متابعته، ولا تعيد السجود بعد فراغها من التشهد، لأنها لم تنفرد عن الإمام، فلا يلزمها من السجود أكثر مما يلزمه، بخلاف المسبوق.

وقال القاضي: ينبني هذا على الروايتين في المسبوق إذا سجد مع إمامه ثم قضى ما عليه، وقد ذكرنا الفرق بينهما.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٠١

"وروى قبيصة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «فإذا رأيتموها فصلوا كأحدث صلاة صليتموها من المكتوبة» . ولنا، أن عبد الله بن عمرو قال في صفة صلاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الكسوف: ثم سجد، فلم يكد يرفع. رواه أبو داود.

وفي حديث عائشة: «ثم رفع، ثم سجد سجودا طويلا، ثم قام قياما طويلا، وهو دون القيام الأول، ثم ركع ركوعا طويلا، وهو دون الركوع الأول، ثم سجد سجودا طويلا، وهو دون السجود الأول» . رواه البخاري. وترك ذكره في حديث لا يمنع مشروعيته إذا ثبت عن النبي – صلى الله عليه وسلم –. وأما الجهر فقد روي عن علي – رضي الله عنه – وفعله عبد الله بن زيد وبحضرته البراء بن عازب وزيد بن أرقم، وبه قال أبو يوسف، وإسحاق، وابن المنذر.

وروت عائشة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جهر في صلاة الخسوف» . متفق عليه. وعن عروة، عن عائشة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلى صلاة الكسوف، وجهر فيها بالقراءة» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. ولأنها نافلة شرعت لها الجماعة، فكان من سننها الجهر كصلاة الاستسقاء والعيد والتراويح. فأما قول عائشة – رضي الله عنها –: حزرت قراءته. ففي إسناده مقال؛ لأنه من رواية ابن إسحاق.

ويحتمل أن تكون سمعت صوته ولم تفهم للبعد، أو قرأ من غير أول القرآن بقدر البقرة. ثم حديثنا صحيح صريح، فكيف يعارض بمثل هذا، وحديث سمرة يجوز أنه لم يسمع لبعده؛ فإن في حديثه: دفعت إلى المسجد، وهو بازر. يعني مغتصا بالزحام. قاله الخطابي. ومن هذا حاله لا يصل مكانا يسمع منه.

ثم هذا نفي محتمل لأمور كثيرة، فكيف يترك من أجله الحديث الصحيح الصريح، و قياسهم منتقض بالجمعة والعيدين والاستسقاء، و قياس هذه الصلاة على هذه الصلوات أولى من قياسها على الظهر؛ لبعدها منها، وشبهها بهذه. وأما الدليل على صفة الصلاة، فروت عائشة، قالت: «خسفت الشمس في حياة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فخرج رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى المسجد، فقام، وكبر، وصف الناس وراءه، فاقترأ رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قراءة طويلة، ثم كبر فركع ركوعا طويلا، ثم رفع رأسه، فقال: سمع الله لمن حمده، ربنا ولك الحمد. ثم قام فاقترأ قراءة طويلة، هي أدنى من القراءة الأولى، ثم كبر فركع ركوعا طويلا، هو أدنى من الركوع الأول، ثم قال: سمع الله لمن حمده، ربنا ولك الحمد، ثم سجد، ثم فعل في الركعة الأولى مثل ذلك، حتى استكمل أربع ركعات، وأربع سجدات، وانجلت

الشمس قبل أن ينصرف.» وعن ابن عباس مثل ذلك، وفيه «أنه قام في الأولى قياما طويلا نحوا من سورة البقرة» . متفق." (١)

"فأباح قتلهم، وشرط في تخلية سبيلهم التوبة، وهي الإسلام، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، فمتى ترك الصلاة متعمدا لم يأت بشرط تخليته، فيبقى على وجوب القتل، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من ترك الصلاة متعمدا فقد برئت منه الذمة» . وهذا يدل على إباحة قتله، وقال - عليه السلام -: «بين العبد وبين الكفر ترك الصلاة» . رواه مسلم.

والكفر مبيح للقتل، وقال - عليه السلام -: «نهيت عن قتل المصلين» . فمفهومه أن غير المصلين يباح قتلهم. ولأنها ركن من أركان الإسلام لا تدخله النيابة بنفس ولا مال، فوجب أن يقتل تاركه كالشهادة، وحديثهم حجة لنا؛ لأن الخبر الذي رويناه يدل على أن تركها كفر، والحديث الآخر استثنى منه «إلا بحقها» . والصلاة من حقها. وعن أنس، قال: قال أبو بكر: إنما قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا شهدوا أن لا إله إلا الله، وأن محمدا رسول الله، وأقاموا الصلاة، وآتوا الزكاة.» رواه الدارقطني.

ثم إن أحاديثنا خاصة، فنخص بها عموم ما ذكروه، ولا يصح قياسها على الحج؛ لأن الحج مختلف في جواز تأخيره، ولا يجب القتل بفعل مختلف فيه. وقولهم: إن هذا يفضي إلى ترك الصلاة بالكلية. قلنا: الظاهر أن من يعلم أنه يقتل إن ترك الصلاة لا يتركها، سيما بعد استتابته ثلاثة أيام، فإن تركها بعد هذا كان ميئوسا من صلاته، فلا فائدة في بقائه، ولا يكون القتل هو المفوت له، ثم لو فات به احتمال الصلاة، لحصل به صلاة ألف إنسان، وتحصيل ذلك بتفويت احتمال صلاة واحدة لا يخالف الأصل.

إذا ثبت هذا فظاهر كلام الخرقي أنه يجب قتله بترك صلاة واحدة، وهي إحدى الروايتين عن أحمد؛ لأنه تارك للصلاة، فلزم قتله، كتارك ثلاث، ولأن الأخبار تتناول تارك صلاة واحدة، لكن لا يثبت الوجوب حتى يضيق وقت التي بعدها؛ لأن الأولى لا يعلم تركها إلا بفوات وقتها، فتصير فائتة لا يجب القتل بفواته، فإذا ضاق وقتها علم أنه يريد تركها، فوجب قتله.

والثانية: لا يجب قتله حتى يترك ثلاث صلوات، ويضيق وقت الرابعة عن فعلها؛ لأنه قد يترك الصلاة والصلاتين لشبهة، فإذا تكرر ذلك ثلاثا. تحقق أنه تارك لها رغبة عنها، ويعتبر أن يضيق وقت الرابعة عن فعلها؛ لما ذكرنا. وحكى ابن حامد، عن أبي إسحاق بن شاقلا، أنه إن ترك صلاة لا تجمع إلى ما بعدها، كصلاة الفجر والعصر، وجب قتله، وإن ترك الأولى من صلاتي الجمع، لم يجب قتله؛ لأن الوقتين كالوقت

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣١٤

الواحد عند بعض العلماء.

وهذا قول حسن. واختلفت الرواية، هل يقتل لكفره، أو حدا؟ فروي أنه يقتل لكفره كالمرتد، فلا يغسل، ولا يكفن، ولا يدفن بين المسلمين، ولا يرثه أحد، ولا يرث أحدا، اختارها أبو إسحاق بن شاقلا وابن حامد، وهو مذهب الحسن، والنخعي، والشعبي، وأيوب السختياني، والأوزاعي، وابن." (١)

"(١٥٣٥) فصل: ويستحب لمتبع الجنازة أن يكون متخشعا، متفكرا في مآله، متعظا بالموت، وبما يصير إليه الميت، ولا يتحدث بأحاديث الدنيا، ولا يضحك، قال سعد بن معاذ: ما تبعت جنازة فحدثت نفسي بغير ما هو مفعول بها. ورأى بعض السلف رجلا يضحك في جنازة، فقال: أتضحك وأنت تتبع الجنازة؟ لا كلمتك أبدا.

[مسألة فصل الماشي خلف الجنازة]

(١٥٣٦) مسألة؛ قال: " والمشي أمامها أفضل " أكثر أهل العلم يرون الفضيلة للماشي أن يكون أمام الجنازة، روي ذلك عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وابن عمر، وأبي هريرة والحسن بن علي، وابن الزبير، وأبي قتادة، وأبي أسيد، وعبيد بن عمير، وشريح، والقاسم بن محمد، وسالم، والزهري، ومالك، والشافعي. وقال الأوزاعي، وأصحاب الرأي: المشي خلفها أفضل؛ لما روى ابن مسعود، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الجنازة متبوعة، ولا تتبع، ليس منها من تقدمها» . وقال علي - رضي الله عنه -: «فضل الماشي خلف الجنازة على الماشي قدامها، كفضل المكتوبة على التطوع، سمعته من رسول الله - صلى الله عليه وسلم -» . ولأنها متبوعة فيجب أن تقدم كالإمام في الصلاة، ولهذا قال في الحديث الصحيح: " من تبع جنازة ". ولنا، ما روى ابن عمر، قال: رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبا بكر، وعمر يمشون أمام الجنازة. رواه أبو داود، والترمذي. وعن أنس نحوه، رواه ابن ماجه.

وقال ابن المنذر: ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبا بكر، وعمر، كانوا يمشون أمام الجنازة. وقال أبو صالح: كان أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يمشون أمام الجنازة، ولأنهم شفعاء له، بدليل قوله - عليه السلام -: «ما من ميت تصلي عليه أمة من المسلمين، يبلغون مائة، كلهم يشفعون له، إلا شفعوا فيه» . رواه مسلم. والشفيع يتقدم المشفوع له، وحديث ابن مسعود يرويه أبو ماجد، وهو مجهول، قيل ليحيى: من أبو ماجد هذا؟ قال: طائر طار. قال الترمذي: سمعت محمد بن إسماعيل يضعف هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٣٠

الحديث. والحديث الآخر لم يذكره أصحاب السنن. وقالوا: هو ضعيف.

ثم نحمله على من تقدمها إلى موضع الصلاة أو الدفن، ولم يكن معها. و قياسهم يبطل بسنة الصبح والظهر، فإنها تابعة لهما، وتتقدمهما في الوجود.." (١)

"وعمر أوصى أن يصلي عليه صهيب وأم سلمة أوصت أن يصلي عليها سعيد بن زيد وأبو بكرة أوصى أن يصلي عليه أبو برزة.

وقال غيره: عائشة أوصت أن يصلي عليها أبو هريرة وابن مسعود أوصى أن يصلي عليه الزبير، ويونس بن جبير أوصى أن يصلي عليه أنس بن مالك

وأبو سريحة أوصى أن يصلي عليه زيد بن أرقم فجاء عمرو بن حريث وهو أمير الكوفة ليتقدم فيصلي عليه. فقال ابنه: أيها الأمير إن أبي أوصى أن يصلي عليه زيد بن أرقم فقدم زيدا

وهذه قضايا انتشرت، فلم يظهر مخالف، فكان إجماعا، ولأنه حق للميت، فإنها شفاعة له، فتقدم وصيته فيها كتفريق ثلثه، وولاية النكاح يقدم فيها الوصي أيضا، فهي كمسألتنا، وإن سلمت فليست حقا له، إنما هي حق للمولى عليه، ثم الفرق بينهما أن الأمير يقدم في الصلاة، بخلاف ولاية النكاح، ولأن الغرض في الصلاة الدعاء، والشفاعة إلى الله عز وجل، فالميت يختار لذلك من هو أظهر صلاحا، وأقرب إجابة في الظاهر، بخلاف ولاية النكاح

(١٥٤٧) فصل: فإن كان الوصي فاسقا، أو مبتدعا، لم تقبل الوصية؛ لأن الموصي جهل الشرع فرددنا وصيته، كما لو كان الوصي ذميا، فإن كان الأقرب إليه كذلك لم يقدم، وصلى غيره، كما يمنع من التقديم في الصلوات الخمس

[مسألة تقديم الأمير على الأقارب في الصلاة على الميت]

(١٥٤٨) مسألة قال: " ثم الأمير " أكثر أهل العلم يرون تقديم الأمير على الأقارب في الصلاة على الميت وقال الشافعي في أحد قوليه: يقدم الولي، قياسا على تقديمه في النكاح، بجامع اعتبار ترتيب العصبات، وهو خلاف قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يؤم الرجل في سلطانه» .

وحكى أبو حازم قال: شهدت حسينا حين مات الحسن، وهو يدفع في قفا سعيد بن العاص، ويقول: تقدم، لولا السنة ما قدمتك وسعيد أمير المدينة وهذا يقتضي سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - وروى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٥٤

الإمام أحمد بإسناده عن عمار مولى بني هاشم قال: شهدت جنازة أم كلثوم بنت علي، وزيد بن عمر فصلى عليها سعيد بن العاص وكان أمير المدينة وخلفه يومئذ ثمانون من أصحاب محمد - صلى الله عليه وسلم - فيهم ابن عمر، والحسن." (١)

"[فصل اجتمع أخ من الأبوين وأخ من أب في الصلاة على الميت]

(١٥٥٢) فصل: فإن اجتمع أخ من الأبوين، وأخ من أب ففي تقديم الأخ من الأبوين، أو التسوية، وجهان، أخذا من الروايتين في ولاية النكاح، والحكم في أولادهما، وفي الأعمام وأولادهم، كالحكم فيهما سواء. فإن انقرض العصبة من النسب فالمولى المنعم، ثم أقرب عصباته، ثم الرجل من ذوي أرحامه، الأقرب فالأقرب، ثم الأجانب

[فصل استوى وليان في درجة واحدة في الصلاة على الميت]

(١٥٥٣) فصل: فإن استوى وليان في درجة واحدة فأولاهما أحقهما بالإمامة في المكتوبات لعموم قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله» قال القاضي: ويحتمل أن يقدم له الأسن؛ لأنه أقرب إلى إجابة الدعاء، وأعظم عند الله قدرا. وهذا ظاهر مذهب الشافعي.

والأول أولى، وفضيلة السن معارضة بفضيلة العلم، وقد رجحها الشارع في سائر الصلوات، مع أنه يقصد فيها إجابة الدعاء والحظ للمأمومين، وقد روي عنه - عليه السلام - أنه قال: «أئمتكم شفعاؤكم» ولا نسلم أن الأسن الجاهل أعظم قدرا من العالم، ولا أقرب إجابة فإن استووا وتشاحوا، أقرع بينهم، كما في سائر الصلوات

[فصل ومن قدمه الولي فهو بمنزلته في الصلاة على الميت]

(١٥٥٤) فصل: ومن قدمه الولي فهو بمنزلته؛ لأنها ولاية تثبت له، فكانت له الاستنابة فيها، ويقدم نائبه فيها على غيره، كولاية النكاح.

[فصل الحر البعيد أولى من العبد القريب في الصلاة على الميت]

(١٥٥٥) فصل: والحر البعيد أولى من العبد القريب لأن العبد لا ولاية له، ولهذا لا يلي في النكاح ولا المال فإن اجتمع صبي ومملوك ونساء فالمملوك أولى؛ لأنه تصح إمامته بهما. فإن لم يكن إلا نساء

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٥٩

وصبيان، ف قياس المذهب أنه لا يصح أن يؤم أحد الجنسين الآخر، ويصلي كل نوع لأنفسهم وإمامهم منهم، ويصلي النساء جماعة إمامتهن في وسطهن نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي: يصلين مفردات، لا يسبق بعضهن بعضا، وإن صلين جماعة جاز.

ولنا، أنهن من أهل الجماعة، فيصلين جماعة كالرجال، وما ذكروه من كونهن منفردات، لا يسبق بعضهن بعضا، تحكم لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع، وقد صلى أزواج النبي - صلى الله عليه وسلم - على سعد بن أبي وقاص رواه مسلم.." (١)

"أن هذه الوقفة ليكبر آخر الصفوف، فإن الإمام إذا كبر ثم سلم، خفت أن يكون تسليمه قبل أن يكبر آخر الصفوف، فإن كان هكذا فالله عز وجل الموفق له، وإن كان غير ذلك فإني أبرأ إلى الله عز وجل من أن أتأول على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمرا لم يرده، أو أراد خلافه.

[مسألة يرفع يديه في كل تكبيرة في صلاة الجنازة]

(١٥٦٥) مسألة: قال (ويرفع يديه في كل تكبيرة) . أجمع أهل العلم على أن المصلي على الجنائز يرفع يديه في أول تكبيرة يكبرها، وكان ابن عمر يرفع يديه في كل تكبيرة وبه قال سالم، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء، وقيس بن أبي حازم، والزهري وإسحاق وابن المنذر، والأوزاعي، والشافعي. وقال مالك، والثوري وأبو حنيفة: لا يرفع يديه إلا في الأولى؛ لأن كل تكبيرة مقام ركعة، ولا ترفع الأيدي في جميع الركعات.

ولنا، ما روي عن ابن عمر قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يرفع يديه في كل تكبيرة» رواه ابن أبي موسى وعن ابن عمر، وأنس أنهما كانا يفعلان ذلك. ولأنها تكبيرة حال الاستقرار أشبهت الأولى، وما ذكروه غير مسلم، فإذا رفع يديه فإنه يحطهما عند انقضاء التكبير، ويضع اليمنى على اليسرى، كما في بقية الصلوات. وفيما روى ابن أبي موسى «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلى على جنازة، فوضع يمينه على شماله.»

[مسألة يسلم على الجنازة تسليمة واحدة]

(١٥٦٦) مسألة: قال: ويسلم تسليمة واحدة عن يمينه. السنة أن يسلم على الجنازة تسليمة واحدة. قال - رحمه الله -: التسليم على الجنازة تسليمة واحدة، عن ستة من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٦١

- وليس فيه اختلاف إلا عن إبراهيم وروي تسليمة واحدة عن علي، وابن عمر، وابن عباس، وجابر وأبي هريرة، وأنس بن مالك، وابن أبي أوفى، وواثلة بن الأسقع.

وبه قال سعيد بن جبير، والحسن وابن سيرين، وأبو أمامة بن سهل، والقاسم بن محمد، و الحارث، وإبراهيم النخعي، والثوري، وابن عيينة، وابن المبارك، وعبد الرحمن بن مهدي وإسحاق. وقال ابن المبارك: من سلم على الجنازة تسليمتين فهو جاهل جاهل، واختار القاضي أن المستحب تسليمتان، وتسليمة واحدة تجزي.

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي، قياسا على سائر الصلوات.

ولنا، ما روى عطاء بن السائب «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - سلم على الجنازة تسليمة واحدة.» رواه الجوزجاني بإسناده، وأنه قول من سمينا من الصحابة، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم، فكان إجماعا قال أحمد: ليس فيه اختلاف إلا عن إبراهيم قال الجوزجاني هذا عندنا لا اختلاف فيه؛ لأن الاختلاف إنما يكون بين الأقران والأشكال، أما إذا أجمع الناس واتفقت الرواية عن الصحابة والتابعين، فشذ عنهم رجل، لم يقل لهذا اختلاف.

واختيار القاضي في هذه المسألة مخالف لقول إمامه." [١]

"[فصل الصلاة على الجنازة في المقبرة]

(١٥٧٢) فصل: فأما الصلاة على الجنازة في المقبرة فعن أحمد فيها روايتان. إحداهما: لا بأس بها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى على قبر وهو في المقبرة. قال ابن المنذر ذكر نافع أنه صلي على عائشة وأم سلمة وسط قبور البقيع صلى على عائشة أبو هريرة، وحضر ذلك ابن عمر وفعل ذلك عمر بن عبد العزيز. والرواية الثانية: يكره ذلك.

وروي ذلك عن علي، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وابن عباس وبه قال عطاء، والنخعي، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «والأرض كلها مسجد إلا المقبرة والحمام» ولأنه ليس بموضع للصلاة غير صلاة الجنازة فكرهت فيه صلاة الجنازة كالحمام.

[مسألة فاته شيء من التكبير في صلاة الجنازة]

(١٥٧٣) مسألة: قال: ومن فاته شيء من التكبير قضاه متتابعا، فإن سلم مع الإمام ولم يقض، فلا بأس وجملة ذلك أن المسبوق بتكبير الصلاة في الجنازة يسن له قضاء ما فاته منها. وممن قال: يقضي ما فاته

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٦٦

سعيد بن المسيب، وعطاء، والنخعي، والزهري، وابن سيرين، وقتادة، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي فإن سلم قبل القضاء فلا بأس.

هذا قول ابن عمر، والحسن، وأيوب السختياني، والأوزاعي قالوا: لا يقضي ما فات من تكبيرة الجنازة. قال أحمد: إذا لم يقض لم يبال. العمري عن نافع عن ابن عمر أنه لا يقضي. وإن كبر متتابعا فلا بأس. كذلك قال إبراهيم وقال أيضا يبادر بالتكبير قبل أن يرفع وقال أبو الخطاب إن سلم قبل أن يقضيه فهل تصح صلاته؟ على روايتين؛ إحداهما: لا تصح.

وهو مذهب أبي حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لقوله - عليه السلام - «ما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فأتموا» وفي لفظ: " فاقضوا " و قياسا على سائر الصلوات.

ولنا، قول ابن عمر ولم يعرف له في الصحابة مخالف، وقد روي عن عائشة أنها قالت: يا رسول الله، إني أصلي على الجنازة، ويخفى علي بعض التكبير؟ قال: «ما سمعت فكبري، وما فاتك فلا قضاء عليك» وهذا صريح.

ولأنها تكبيرات متواليات حال القيام، فلم يجب قضاء ما فاته منها، كتكبيرات العيد، وحديثهم ورد في الصلوات الخمس، بدليل قوله في صدر الحديث: «ولا تأتوها وأنتم تسعون»." (١)

"وروي أنه سعى في جنازة سعد حتى سقط رداؤه عن منكبيه، فعلم، أنه لم يرد بالحديث هذه الصلاة، ثم الحديث الذي رويناه أخص منه، فيجب تقديمه. وال قياس على سائر الصلوات لا يصح؛ لأنه لا يقضي في شيء من الصلوات التكبير المنفرد، ثم يبطل بتكبيرات العيد.

إذا ثبت هذا فإنه متى قضى أتى بالتكبير متواليا، لا ذكر معه كذلك قال أحمد وحكاه عن إبراهيم قال: يبادر بالتكبير متتابعا، وإن لم يرفع قضى ما فاته، وإذا أدرك الإمام في الدعاء على الميت تابعه فيه، فإذا سلم الإمام كبر، وقرأ الفاتحة، ثم كبر وصلى على النبي - صلى الله عليه وسلم - وكبر وسلم.

وقال الشافعي: متى دخل المسبوق في الصلاة ابتدأ الفاتحة ثم أتى بالصلاة في الثانية. ووجه الأول أن المسبوق في سائر الصلوات يقرأ فيما يقضيه الفاتحة وسورة، على صفة ما فاته، فينبغي أن يأتي هاهنا بالقراءة على صفة ما فاته. والله أعلم

[فصل أدرك الإمام فيما بين تكبيرتين في صلاة الجنازة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٦٩

(١٥٧٤) فصل: وإذا أدرك الإمام فيما بين تكبيرتين فعن أحمد أنه ينتظر الإمام حتى يكبر معه، وبه قال أبو حنيفة، والثوري، وإسحاق؛ لأن التكبيرات كالركعات، ثم لو فاتته ركعة لم يتشاغل بقضائها، وكذلك إذا فاتته تكبيرة. والثانية، يكبر ولا ينتظر. وهو قول الشافعي؛ لأنه في سائر الصلوات متى أدرك الإمام كبر معه، ولم ينتظر، وليس هذا اشتغالا بقضاء ما فاته، وإنما يصلي معه ما أدركه، فيجزئه، كالذي عقيب تكبير الإمام، أو يتأخر عن ذلك قليلا.

وعن مالك كالروايتين. قال ابن المنذر: سهل أحمد في القولين جميعا ومتى أدرك الإمام في التكبيرة الأولى فكبر، وشرع في القراءة، ثم كبر الإمام قبل أن يتمها، فإنه يكبر، ويتابعه، ويقطع القراءة كالمسبوق في بقية الصلوات، إذا ركع الإمام قبل إتمام القراءة.

[مسألة يدخل قبره من عند رجليه]

(١٥٧٥) مسألة: قال: (ويدخل قبره من عند رجليه إن كان أسهل عليهم) الضمير في قوله " رجليه " يعود إلى القبر. أي: من عند موضع الرجلين. وذلك أن المستحب أن يوضع رأس الميت عند رجل القبر، ثم يسل سلا إلى القبر. روي ذلك عن ابن عمر، وأنس، وعبد الله بن يزيد الأنصاري، والنخعي، والشعبي، والشافعي.

وقال أبو حنيفة توضع الجنازة على جانب القبر، مما يلي القبلة، ثم يدخل القبر معترضا؛ لأنه يروى عن علي – رضي الله عنه – ولأن النخعي قال: حدثني من رأى أهل المدينة في الزمن الأول يدخلون موتاهم من قبل القبلة وأن السل شيء أحدثه أهل المدينة. ولنا، ما روى الإمام أحمد، بإسناده عن عبد الله بن يزيد الأنصاري، «أن الحارث أوصى أن يليه عند موته، فصلى عليه، ثم دخل القبر، فأدخله من رجلي القبر، وقال: هذا السنة» .

وهذا يقتضي سنة." (١)

"بغسل ذات محرم عند الضرورة فأما إن مات رجل بين نسوة أجانب، أو امرأة بين رجال أجانب، أو مات خنثى مشكل، فإنه ييمم.

وهذا قول سعيد بن المسيب، والنخعي، وحماد، ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر.

وحكى أبو الخطاب رواية ثانية، أنه يغسل من فوق القميص، يصب عليه الماء من فوق القميص صبا، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٧٠

يمس. وهو قول الحسن، وإسحاق. ولنا، ما روى تمام الرازي في " فوائده " بإسناده عن مكحول عن واثلة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا ماتت المرأة مع الرجال، ليس بينها وبينهم محرم، تيمم كما ييمم الرجال» . ولأن الغسل من غير مس لا يحصل به التنظيف، ولا إزالة النجاسة، بل ربما كثرت ولا يسلم من النظر، فكان العدول إلى التيمم أولى، كما لو عدم الماء.

[فصل المرأة تغسل الصبي الصغير]

(١٦٢٥) فصل: وللنساء غسل الطفل بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم، على أن المرأة تغسل الصبي الصغير. قال أحمد: لهن غسل من له دون سبع سنين. وقال الحسن: إذا كان فطيما، أو فوقه. وقال الأوزاعي: ابن أربع أو خمس. وقال أصحاب الرأي: الذي لم يتكلم. - ولنا، أن من له دون السبع لم نؤمر بأمره بالصلاة، ولا عورة له، فأشبه ما سلموه، فأما من بلغ السبع ولم يبلغ عشرا، فحكى أبو الخطاب فيه روايتين.

والصحيح أن من بلغ عشرا ليس للنساء غسله؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «وفرقوا بينهم في المضاجع» . وأمر بضربهم للصلاة لعشر. ومن دون العشر يحتمل أن يلحق بمن دون السبع، لأنه في معناه، ويحتمل أن لا يلحق به، لأنه يفارقه في أمره بالصلاة، وقربه من المراهقة. فأما الجارية الصغيرة، فلم ير أبو عبد الله أن يغسلها الرجل، وقال: النساء أعجب إلي. وذكر له أن الثوري يقول: تغسل المرأة الصبي، والرجل الصبية.

قال: لا بأس أن تغسل المرأة الصبي، وأما الرجل يغسل الصبية فلا أجترئ عليه، إلا أن يغسل الرجل ابنته الصغيرة، فإنه يروى عن أبي قلابة أنه غسل بنتا له صغيرة.

والحسن قال: لا بأس أن يغسل الرجل ابنته، إذا كانت صغيرة. وكره غسل الرجل الصغيرة سعيد والزهري.

قال الخلال: ال قياس التسوية بين الغلام والجارية، لولا أن التابعين فرقوا بينهما، فكرهه أحمد لذلك.

وسوى أبو الخطاب بينهما، فجعل فيهما روايتين، جريا على موجب ال قياس.

والصحيح ما عليه السلف، من أن الرجل لا يغسل الجارية، والتفرقة بين عورة الغلام والجارية؛ لأن عورة." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٢/٢

"ما لم تدل للغروب. فلا. وتجوز الصلاة على الميت في غير هذه الأوقات. روي ذلك عن ابن عمر، وعطاء، والنخعي، والأوزاعي، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وحكي عن أحمد أن ذلك جائز. وهو قول للشافعي، قياسا على ما بعد الفجر والعصر. والأول أصح؛ لحديث عقبة بن عامر، ولا يصح ال قياس على الوقتين الآخرين؛ لأن مدتهما تطول، فيخاف على الميت فيهما، ويشق انتظار خروجهما، بخلاف هذه. وكره أحمد أيضا دفن الميت في هذه الأوقات، لحديث عقبة. فأما الصلاة على القبر والغائب، فلا يجوز في شيء من أوقات النهي؛ لأن علة تجويزها على الميت معللة بالخوف عليه، وقد أمن ذلك هاهنا، فيبقى على أصل المنع، والعمل بعموم النهي

[فصل حكم الدفن ليلا]

(١٦٦٩) فصل: فأما الدفن ليلا، فقال أحمد: وما بأس بذلك. وقال: أبو بكر دفن ليلا، وعلي دفن فاطمة ليلا، وحديث عائشة: كنا سمعنا صوت المساحي من آخر الليل في دفن النبي – صلى ا الله عليه وسلم –
.

وممن دفن ليلا: عثمان، وعائشة، وابن مسعود. ورخص فيه عقبة بن عامر، وسعيد بن المسيب، وعطاء، والثوري، والشافعي، وإسحاق. وكرهه الحسن؛ لما روى مسلم، في " صحيحه "، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – خطب يوما، فذكر رجلا من أصحابه قبض، فكفن في كفن غير طائل، ودفن ليلا، فزجر النبي – صلى الله عليه وسلم – أن يقبر الرجل بالليل إلا أن يضطر الإنسان إلى ذلك» . وقد روي عن أحمد أنه قال: إليه أذهب.

ولنا، ما روى ابن مسعود، قال: «والله لكأني أسمع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في غزوة تبوك، وهو في قبر ذي النجادين، وأبو بكر وعمر، وهو يقول: أدنيا مني أخاكما حتى أسنده في لحده. ثم قال لما فرغ من دفنه، وقام على قبره مستقبل القبلة: اللهم إني أمسيت عنه راضيا، فارض عنه. وكان ذلك ليلا، قال: فوالله لقد رأيتني ولوددت أني مكانه، ولقد أسلمت قبله بخمس عشرة سنة، وأخذه من قبل الـقبلة.» رواه الخلال، في " جامعه ".

وروى ابن عباس «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – دخل قبرا ليلا، فأسرج له سراج، فأخذ من قبل القبلة،

وقال: رحمك الله، إن كنت لأواها، تلاء للقرآن.» قال الترمذي: هذا حديث حسن. وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «سأل عن رجل، فقال: من هذا؟ قالوا: فلان، دفن البارحة. فصلى عليه» .." [1]

"فلا يتعدى ثوابه.

وقال بعضهم: إذا قرئ القرآن عند الميت، أو أهدي إليه ثوابه، كان الثواب لقارئه، ويكون الميت كأنه حاضرها، فترجى له الرحمة. ولنا، ما ذكرناه، وأنه إجماع المسلمين؛ فإنهم في كل عصر ومصر يجتمعون ويقرءون القرآن، ويهدون ثوابه إلى موتاهم من غير نكير. ولأن الحديث صح عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الميت يعذب ببكاء أهله عليه» . والله أكرم من أن يوصل عقوبة المعصية إليه، ويحجب عنه المثوبة.

ولأن الموصل لثواب ما سلموه، قادر على إيصال ثواب ما منعوه، والآية مخصوصة بما سلموه، وما اختلفنا فيه في معناه، فنقيسه عليه. ولا حجة لهم في الخبر الذي احتجوا به، فإنما دل على انقطاع عمله، فلا دلالة فيه عليه؛ ثم لو دل عليه كان مخصوصا بما سلموه، وفي معناه ما منعوه، فيتخصص به أيضا بال قياس عليه، وما ذكروه من المعنى غير صحيح، فإن تعدي الثواب ليس بفرع لتعدي النفع، ثم هو باطل بالصوم اوالحج، وليس له أصل يعتبر به، والله أعلم.

[مسألة زيارة النساء للقبور]

(١٦٨٨) مسألة: قال: (وتكره للنساء) اختلفت الرواية عن أحمد في زيارة النساء القبور، فروي عنه كراهتها؛ لما روت أم عطية، قالت:." [2]

"دون العين أجزأ فيها الذكر كالأضحية، فإن لم يكن له غنم لزمه شراء شاة. وقال أبو بكر: يخرج عشرة دراهم، قياسا على شاة الجبران.

ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نص على الشاة، فيجب العمل بنصه، ولأن هذا إخراج قيمة فلم يجز، كما لو كانت الشاة واجبة في نصابها، وشاة الجبران مختصة بالبدل بعشرة دراهم، بدليل أنها لا تجوز بدلا عن الشاة الواجبة في سائمة الغنم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤١٤

(٢) المغني لابن قدامة ٢/٤٢٤

[فصل أخرج عن الشاة بعيرا]

(١٦٩٥) فصل: فإن أخرج عن الشاة بعيرا لم يجزئه، سواء كانت قيمته أكثر من قيمة الشاة أو لم يكن، وحكي ذلك عن مالك وداود.

وقال الشافعي، وأصحاب الرأي: يجزئه البعير عن العشرين فما دونها. ويتخرج لنا مثل ذلك إذا كان المخرج مما يجزئ عن خمس وعشرين؛ لأنه يجزئ عن خمس وعشرين، والعشرون داخلة فيها، ولأن ما أجزأ عن الكثير أجزأ عما دونه، كابنتي لبون عما دون ستة وسبعين. ولنا، أنه أخرج غير المنصوص عليه من غير جنسه، فلم يجزه، كما لو أخرج بعيرا عن أربعين شاة، ولأن النص ورد بالشاة، فلم يجزئ البعير كالأصل، أو كشاة الجبران، ولأنها فريضة وجبت فيها شاة فلم يجزئ عنها البعير، كنصاب الغنم، ويفارق ابنتي لبون عن الجذعة؛ لأنها من الجنس.

[فصل تكون الشاة المخرجة كحال الإبل في الجودة والرداءة]

(١٦٩٦) فصل: وتكون الشاة المخرجة كحال الإبل في الجودة والرداءة، فيخرج عن الإبل السمان سمينة، وعن الهزال هزيلة، وعن الكرائم كريمة، وعن اللئام لئيمة، فإن كانت مراضا أخرج شاة صحيحة على قدر المال، فيقال له: لو كانت الإبل صحاحا كم كانت قيمتها وقيمة الشاة؟ فيقال: قيمة الإبل مائة وقيمة الشاة خمسة، فينقص من قيمتها قدر ما نقصت الإبل، فإذا نقصت الإبل خمس قيمتها وجب شاة قيمتها أربعة.

وقيل: تجزئه شاة تجزئ في الأضحية، من غير نظر إلى القيمة.

وعلى القولين لا تجزئه مريضة؛ لأن المخرج من غير جنسها، وليس كله مراضا، فينزل منزلة اجتماع الصحاح، والمراض لا تجزئ فيه إلا الصحيحة.

[مسألة فإذا صارت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض إلى خمس وثلاثين]

(١٦٩٧) مسألة: (قال: فإذا صارت خمسا وعشرين، ففيها بنت مخاض، إلى خمس وثلاثين) ، فإن لم يكن فيها بنت مخاض وابن لبون ذكر، فإذا بلغت ستا وثلاثين ففيها ابنة لبون إلى خمس وأربعين، فإذا بلغت ستا وأربعين ففيها حقة طروقة الفحل، إلى ستين، فإذا بلغت إحدى." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٢

"ولنا، أنهما استويا في العدم، فلزمته ابنة مخاض، كما لو استويا في الوجود، والحديث محمول على وجوده؛ لأن ذلك للرفق به، إغناء له عن الشراء، ومع عدمه لا يستغني عن الشراء، فكان شراء الأصل أولى. على أن في بعض ألفاظ الحديث: " فمن لم يكن عنده ابنة مخاض على وجهها، وعنده ابن لبون، فإنه يقبل منه، وليس معه شيء ".

فشرط في قبوله وجوده وعدمها، وهذا في حديث أبي بكر، وفي بعض الألفاظ: " ومن بلغت عنده صدقة بنت مخاض، وليس عنده إلا ابن لبون ". وهذا يفسد بتعين حمل المطلق عليه، وإن لم يجد إلا ابنة مخاض معينة، فله الانتقال إلى ابن لبون؛ لقوله في الخبر: " فإن لم يكن عنده بنت مخاض، على وجهها " ولأن وجودها كعدمها، لكونها لا يجوز إخراجها، فأشبه الذي لا يجد إلا ما لا يجوز الوضوء به في انتقاله إلى التيمم.

وإن وجد ابنة مخاض أعلى من صفة الواجب، لم يجزه ابن لبون؛ لوجود بنت مخاض على وجهها، ويخير بين إخراجها وبين شراء بنت مخاض على صفة الواجب، ولا يخير بعض الذكورية بزيادة سن في غير هذا الموضع، ولا يجزئه أن يخرج عن ابن لبون حقا، ولا عن الحقة جذعا، لعدمهما ولا وجودهما.

وقال القاضي، وابن عقيل: يجوز ذلك مع عدمهما؛ لأنهما أعلى وأفضل، فيثبت الحكم فيهما بطريق التنبيه. ولنا، أنه لا نص فيهما، ولا يصح قياسهما على ابن لبون مكان بنت مخاض؛ لأن زيادة سن ابن لبون على بنت مخاض يمتنع بها من صغار السباع، ويرعى الشجر بنفسه، ويرد الماء، ولا يوجد هذا في الحق مع بنت لبون، لأنهما يشتركان في هذا، فلم يبق إلا مجرد السن فلم يقابل إلا بتوجيه.

وقولهما: إنه يدل على ثبوت الحكم فيهما بطريق التنبيه. قلنا: بل يدل على انتفاء الحكم فيهما بدليل خطابه، فإن تخصيصه بالذكر دونهما دليل على اختصاصه بالحكم دونهما.

[فصل أخرج عن الواجب سنا أعلى من جنسه]

(١٦٩٨) فصل: وإن أخرج عن الواجب سنا أعلى من جنسه، مثل أن يخرج بنت لبون عن بنت مخاض، وحقة عن بنت لبون أو بنت مخاض، أو أخرج عن الجذعة ابنتي لبون أو حقتين، جاز. لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه زاد على الواجب من جنسه ما يجزئ عنه مع غيره، فكان مجزيا عنه على انفراده، كما لو كانت الزيادة في العدد.

وقد روى الإمام أحمد في " مسنده "، وأبو داود، في " سننه "، بإسنادهما عن أبي بن كعب قال: «بعثني

رسول الله – صلى الله عليه وسلم – مصدقا، فمررت برجل، فلما جمع لي ماله لم أجد عليه فيه إلا بنت." (١)

"ولمالك روايتان؛ لأن الفرض لا يتغير بزيادة الواحدة؛ بدليل سائر الفروض. ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فإذا زادت على عشرين ومائة، ففي كل أربعين بنت لبون» . والواحدة زيادة، وقد جاء مصرحا به في حديث الصدقات الذي كتبه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وكان عند ال عمر بن الخطاب. رواه أبو داود، والترمذي، وقال: هو حديث حسن. وقال ابن عبد البر: هو أحسن شيء روي في أحاديث الصدقات. وفيه: «فإذا كانت إحدى وعشرين ومائة، ففيها ثلاث بنات لبون» . وفي لفظ: «إلى عشرين ومائة، فإذا زادت واحدة ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة» أخرجه الدارقطني.

وأخرج حديث أنس، من رواية إسحاق بن راهويه، عن النضر بن إسماعيل، عن حماد بن سلمة، قال: أخذنا هذا الكتاب من ثمامة يحدث به عن أنس. وفيه: «فإذا بلغت إحدى وعشرين ومائة، ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة» . ولأن سائر ما جعله النبي – صلى الله عليه وسلم – غاية للفرض، إذا زاد عليه واحدة تغير الفرض، كذا هذا. وقولهم: إن الفرض لا يتغير بزيادة الواحدة. قلنا: وهذا ما تغير بالواحدة وحدها، وإنما تغير بها مع ما قبلها، فأشبهت الواحدة الزائدة عن التسعين والستين وغيرهما.

وقال ابن مسعود، والنخعي، والثوري، وأبو حنيفة: إذا زادت الإبل على عشرين ومائة، استؤنفت الفريضة، في كل خمس شاة إلى خمس وأربعين ومائة، فيكون فيها حقتان وبنت مخاض، إلى خمسين ومائة، ففيها ثلاث حقاق. وتستأنف الفريضة في كل خمس شاة؛ لما روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كتب لعمرو بن حزم كتابا، ذكر فيه الصدقات والديات، وذكر فيه مثل هذا.

ولنا، أن في حديثي الصدقات الذي كتبه أبو بكر لأنس، والذي كان عند آل عمر بن الخطاب مثل مذهبنا، وهما صحيحان، وقد رواه أبو بكر عن النبي – صلى الله عليه وسلم – بقوله: «هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على المسلمين» . وأما كتاب عمرو بن حزم، فقد اختلف في صفته، فرواه الأثرم في " سننه " مثل مذهبنا.

والأخذ بذلك أولى، لموافقته الأحاديث الصحاح، وموافقته ال قياس، فإن المال إذا وجب فيه من جنسه لم يجب من غير جنسه، كسائر بهيمة الأنعام، ولأنه مال احتمل المواساة من جنسه، فلم يجب من غير جنسه، كالبقر والغنم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٤

وإنما وجب في الابتداء من غير جنسه، لأنه ما احتمل المواساة من جنسه، فلم يجب من غير جنسه، فعدلنا إلى غير الجنس ضرورة، وقد زال ذلك بزيادة المال وكثرته، ولأنه عندهم ينقل من بنت مخاض إلى حقة، بزيادة خمس من الإبل، وهي زيادة يسيرة لا تقتضي الانتقال إلى حقة، فإنا لم ننقل في محل الوفاق من بنت مخاض إلى حقة، إلا بزيادة إحدى وعشرين، وإن زادت على مائة وعشرين جزءا من بعير، لم يتغير الفرض عند أحد من الناس؛ لأن." (١)

"في بعض الروايات: " فإذا زادت واحدة ".

وهذا يقيد مطلق الزيادة في الرواية الأخرى، ولأن سائر الفروض لا تتغير بزيادة جزء. وعلى كلتا الروايتين متى بلغت الإبل مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون، وفي مائة وأربعين حقتان وبنتا لبون، وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق، وفي مائة وستين أربع بنات لبون. ثم كلما زادت عشرا أبدلت مكان بنت لبون حقة، ففي مائة وسبعين حقة وثلاث بنات لبون، وفي مائة وثمانين حقتان وابنتا لبون، وفي مائة وتسعين ثلاث حقاق وبنت لبون.

فإذا بلغت مائتين اجتمع الفرضان؛ لأن فيهما خمسين أربع مرات، وأربعين خمس مرات، فيجب عليه أربع حقاق أو خمس بنات لبون، أي الفرضين شاء أخرج، وإن كان الآخر أفضل منه. وقد روي عن أحمد أن عليه أربع حقاق. وهذا محمول على أن عليه أربع حقاق بصيغة التخيير، اللهم إلا أن يكون المخرج وليا ليتيم أو مجنون، فليس له أن يخرج من ماله إلا أدنى الفرضين.

وقال الشافعي: الخيرة إلى الساعي. ومقتضى قوله أن رب المال إذا أخرج لزمه إخراج أعلى الفرضين، واحتج بقول الله تعالى: ﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾ [البقرة: ٢٦٧] . ولأنه وجد سبب الفرضين، فكانت الخيرة إلى مستحقه أو نائبه، كقتل العمد الموجب للقصاص أو الدية.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – في كتاب الصدقات، الذي كتبه، وكان عند ال عمر بن الخطاب: «فإذا كانت مائتين، ففيها أربع حقاق، أو خمس بنات لبون، أي البنتين وجدت أخذت» . وهذا نص لا يعرج معه على شيء يخالفه، وقوله – عليه السلام – «لمعاذ: إياك وكرائم أموالهم» .

ولأنها زكاة ثبت فيها الخيار، فكان ذلك لرب المال، كالخيرة في الجبران بين مائتين أو عشرين درهما، وبين النزول والصعود، وتعيين المخرج، ولا تتناول الآية ما نحن فيه؛ لأنه إنما يأخذ الفرض بصفة المال، فيأخذ من الكرام كرائم، ومن غيرها من وسطها، فلا يكون خبيثا، لأن الأدنى ليس بخبيث، وكذلك لو لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٦/٢

يوجد إلا سبب وجوبه وجب إخراجه، و قياسهم يبطل بشاة الجبران، و قياسنا أولى منه؛ لأن قياس الزكاة على الزكاة أولى من قياسها على الديات.

إذا ثبت هذا فكان أحد الفرضين في ماله دون الآخر، فهو مخير بين إخراجه أو شراء الآخر، ولا يتعين عليه سوى إخراج الموجود؛ لأن الزكاة لا تجب في عين المال. وقال القاضي: يتعين عليه إخراج الموجود لأن الزكاة لا تجب في عين المال. ولعله أراد إذا لم يقدر على شراء الآخر.

[فصل أراد إخراج الفرض من النوعين في زكاة الأبل]

(١٧٠١) فصل: فإن أراد إخراج الفرض من النوعين، نظرنا؛ فإن لم يحتج إلى تشقيص، كرجل عنده أربعمائة." (١)

"يخرج منها أربع حقاق وخمس بنات لبون، جاز، وإن احتاج إلى تشقيص، كزكاة المائتين، لم يجز؛ لأنه لا يمكنه ذلك إلا بالتشقيص. وقيل: يحتمل أن يجوز، على قياس قول أصحابنا: ويجوز أن يعتق نصفي عبدين في الكفارة. وهذا غير صحيح؛ فإن الشرع لم يرد بالتشقيص في زكاة السائمة إلا من حاجة، ولذلك جعل لها أوقاصا، دفعا للتشقيص عن الواجب فيها، وعدل فيها دون خمس وعشرين من الإبل عن إيجاب الإبل إلى إيجاب الغنم، فلا يجوز القول بتجويزه مع إمكان العدول عنه إلى إيجاب فريضة كاملة. وإن وجد أحد الفرضين كاملا والآخر ناقصا، لا يمكنه إخراجه إلا بجبران معه، مثل أن يجد في المائتين خمس بنات لبون وثلاث حقاق، تعين أخذ الفريضة الكاملة؛ لأن الجبران بدل يشترط له عدم المبدل. وإن كانت كل واحدة تحتاج إلى جبران، مثل أن يجد أربع بنات لبون وثلاث حقاق، فهو مخير أيهما شاء أخرج مع الجبران، إن شاء أخرج بنات اللبون وحقة وأخذ بالجبران، وإن شاء أخرج الحقاق وبنت اللبون مع جبرانها. فإن قال: خذوا مني حقة وثلاث بنات لبون مع الجبران. لم يجز؛ لأنه يعدل عن الفرض مع وجوده إلى الجبران.

ويحتمل الجواز؛ لأنه لا بد من الجبران. وإن لم يوجد إلا حقة وأربع بنات لبون، أداها وأخذ الجبران، ولم يكن له دفع ثلاث بنات لبون مع الجبران، في أصح الوجهين. وإن كان الفرضان معدومين، أو معيبين، فله العدول عنهما مع الجبران، فإن شاء أخرج أربع جذعات وأخذ ثماني شياه أو ثمانين درهما، وإن شاء دفع خمس بنات مخاض ومعها عشر شياه أو مائة درهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٧

وإن أحب أن ينقل عن الحقاق إلى بنات المخاض، أو عن بنات اللبون إلى الجذاع، لم يجز؛ لأن الحقاق وبنات اللبون منصوص عليهن في هذا المال، فلا يصعد إلى الحقاق بجبران، ولا ينزل إلى بنات اللبون بجبران.

[مسألة وجبت عليه حقة وليست عنده]

(١٧٠٢) مسألة: قال: (ومن وجبت عليه حقة وليست عنده، وعنده ابنة لبون، أخذت منه ومعها شاتان أو عشرون درهما، ومن وجبت عليه ابنة لبون، وليست عنده، وعنده حقة، أخذت منه وأعطي الجبران شاتين أو عشرين درهما) المذهب في هذا أنه متى وجبت عليه سن وليست عنده، فله أن يخرج سنا أعلى منها، ويأخذ شاتين أو عشرين درهما، أو سنا أنزل منها ومعها شاتين أو عشرين درهما، إلا ابنة مخاض ليس له أن يخرج أنزل منها؛ لأنها أدنى سن تجب في الزكاة، أو جذعة.

فلا يخرج أعلى منها، إلا أن يرضى رب المال بإخراجها لا جبران معها، فتقبل منه. والاختيار في الصعود والنزول، والشياه والدراهم، إلى رب المال. وبهذا قال النخعي، والشافعي، وابن المنذر. واختلف فيه عن إسحاق. وقال الثوري: يخرج شاتين أو عشرة دراهم؛ لأن الشاة في الشرع متقومة بخمسة دراهم، بدليل أن نصابها أربعون." (١)

"ويأخذ ست شياه، أو ستين درهما.

وإن أراد أن يخرج عن الأربع شياه شاتين وعشرين درهما، جاز. لأنهما جبرانان، فهما كالكفارتين. وكذلك في الجبران الذي يخرجه عن فرض المائتين من الإبل، إذا أخرج عن خمس بنات لبون خمس بنات مخاض، أو مكان أربع حقاق أربع جذعات، جاز أن يخرج بعض الجبران دراهم، وبعضه شياها. ومتى وجد سنا تلي الواجب لا يجوز العدول إلى سن لا تليه؛ لأن الانتقال عن السن التي تليه إلى السن الأخرى بدل، فلا يجوز مع إمكان الأصل.

فإن عدم الحقة وابنة اللبون، ووجد الجذعة وابنة المخاض، وكان الواجب الحقة، لم يجز العدول إلى بنت المخاض، وإن كان الواجب ابنة لبون، لم يجز إخراج الجذعة. والله أعلم.

[فصل كان النصاب كله مراضا وفريضته معدومة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٨/٢

فصل: فإن كان النصاب كله مراضا، وفريضته معدومة، فله أن يعدل إلى السن السفلى مع دفع الجبران، وليس له أن يصعد مع أخذ الجبران، لأن الجبران أكثر م ن الفضل الذي بين الفرضين، وقد يكون الجبران جبرا من الأصل، فإن قيمة الصحيحتين أكثر من قيمة المريضتين، فكذلك قيمة ما بينهما، فإذا كان كذلك لم يجز في الصعود، وجاز في النزول؛ لأنه متطوع بشيء من ماله، ورب المال يقبل منه الفضل، ولا يجوز للساعي أن يعطي الفضل من المساكين.

فإن كان المخرج ولي اليتيم، لم يجز له أيضا النزول؛ لأنه لا يجوز أن يعطي الفضل من مال اليتيم، فيتعين شراء الفرض من غير المال.

[فصل لا يدخل الجبران في غير الإبل]

(١٧٠٥) فصل: ولا يدخل الجبران في غير الإبل؛ لأن النص فيها ورد، وليس غيرها في معناها، لأنها أكثر قيمة، ولأن الغنم لا تختلف فريضتها باختلاف سنها، وما بين الفريضتين في البقر يخالف ما بين الفريضتين في الإبل فامتنع ال قياس. فمن عدم فريضة البقر أو الغنم، ووجد دونها، لم يجز له إخراجها، فإن وجد أعلى منها، فأحب أن يدفعها متطوعا بغير جبران، قبلت منه، و إن لم يفعل كلف شراءها من غير ماله.

[فصل تفسير الأوقاص]

(١٧٠٦) فصل: قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله رحمه الله: تفسير الأوقاص. قال: الأوقاص ما بين الفريضتين. قلت له: كأنه ما بين الثلاثين إلى الأربعين في البقر وما أشبه هذا؟ قال: نعم، والسبق ما دون الفريضة. قلت له:." (١)

"المسيب، والزهري أنهما قالا: في كل خمس شاة. ولأنها عدلت بالإبل في الهدي والأضحية، فكذلك في الزكاة. ولنا، ما تقدم من الخبر، ولأن نصب الزكاة إنما ثبتت بالنص والتوقيف، وليس فيما ذكراه نص ولا توقيف، فلا يثبت، و قياسهم فاسد، فإن خمسا وثلاثين من الغنم تعدل خمسا من الإبل في الهدي، ولا زكاة فيها.

إذا ثبت هذا فإنه لا زكاة في غير السائمة من البقر في قول الجمهور. وحكي عن مالك أن في العوامل والمعلوفة صدقة، كقوله في الإبل. وقد تقدم الكلام معه. وروي عن علي – رضي الله عنه – قال الراوي:

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٤٠

أحسبه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في صدقة البقر، قال: " وليس في العوامل شيء ". رواه أبو داود.

وروي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ليس في البقر العوامل صدقة» . وهذا مقيد يحمل عليه المطلق. وروي عن علي، ومعاذ، وجابر، أنهم قالوا: لا صدقة في البقر العوامل. ولأن صفة النماء معتبرة في الزكاة، ولا يوجد إلا في السائمة.

[مسألة إذا ملك الثلاثين من البقر فأسامها أكثر السنة]

(١٧٠٨) مسألة: قال: (وإذا ملك الثلاثين من البقر، فأسامها أكثر السنة، ففيها تبيع أو تبيعة، إلى تسع وثلاثين، فإذا بلغت أربعين، ففيها مسنة، إلى تسع وخمسين، فإذا بلغت ستين، ففيها تبيعان، إلى تسع وستين، فإذا بلغت سبعين، ففيها تبيع ومسنة، فإذا زادت، ففي كل ثلاثين تبيع، وفي كل أربعين مسنة) التبيع: الذي له سنة، ودخل في الثانية، وقيل له ذلك لأنه يتبع أمه. والمسنة: التي لها سنتان، وهي الثنية. ولا فرض في البقر غيرهما، وبما ذكر الخرقي هاهنا قال أكثر أهل العلم؛ منهم الشعبي، والنخعي، والحسن، ومالك، والليث، والثوري، وابن الماجشون، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وأبو ثور، وقال أبو حنيفة، في بعض الروايات عنه، فيما زاد على الأربعين بحسابه، في كل بقرة ربع عشر مسنة. فرارا من جعل الوقص تسعة عشر. وهو مخالف لجميع أوقاصها، فإن جميع أوقاصها عشرة عشرة.

ولنا، حديث يحيى بن الحكم الذي رويناه، وهو صريح في محل النزاع، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الآخر: «في كل ثلاثين تبيع؛ وفي كل أربعين مسنة» . يدل على أن الاعتبار بهذين العددين، ولأن البقر أحد بهيمة الأنعام، ولا يجوز في زكاتها كسر كسائر الأنواع، ولا ينقل من فرض فيها إلى فرض بغير وقص، كسائر الفروض، ولأن هذه زيادة لا يتم بها أحد العددين، فلا يجب فيها شيء، كما بين الثلاثين والأربعين، وما بين الستين والسبعين، ومخالفة قولهم للأصول أشد من الوجوه التي ذكرناها، وعلى أن أوقاص الإبل والغنم مختلفة، فجاز الاختلاف هاهنا.." (١)

"فيدخل في مطلق الخبر. وعنه لا زكاة فيها.

وهي أصح، وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن اسم البقر عند الإطلاق لا ينصرف إليها، ولا يفهم منه، إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٤٣

كانت لا تسمى بقرا بدون الإضافة، فيقال: بقر الوحش. ولأن وجود نصاب منها موصوفا بصفة السوم حولا لا وجود له، ولأنها حيوان لا يجزئ نوعه في الأضحية والهدي، فلا تجب فيه الزكاة، كالظباء، ولأنها ليست من بهيمة الأنعام، فلا تجب فيها الزكاة، كسائر الوحوش، وسر ذلك أن الزكاة إنما وجبت في بهيمة الأنعام دون غيرها، لكثرة النماء فيها من درها ونسلها، وكثرة الانتفاع بها، لكثرتها وخفة مئونتها، وهذا المعنى يختص بها، فاختصت الزكاة بها دون غيرها، ولا تجب الزكاة في الظباء، رواية واحدة؛ لعدم تناول اسم الغنم لها.

[فصل الزكاة في المتولد بين الوحشي والأهلي]

(١٧١٣) فصل: قال أصحابنا: تجب الزكاة في المتولد بين الوحشي والأهلي، سواء كانت الوحشية الفحول أو الأمهات. وقال مالك، وأبو حنيفة: إن كانت الأمهات أهلية وجبت الزكاة فيها، وإلا فلا؛ لأن ولد البهيمة يتبع أمه. وقال الشافعي: لا زكاة فيها؛ لأنها متولدة من وحشي، أشبه المتولد من وحشيين. واحتج أصحابنا بأنها متولدة بين ما تجب فيه الزكاة، وما لا تجب فيه، فوجبت فيها الزكاة، كالمتولدة بين سائمة ومعلوفة. وزعم بعضهم أن غنم مكة متولدة من الظباء والغنم، وفيها الزكاة بالاتفاق، فعلى هذا القول تضم إلى جنسها من الأهلي في وجوب الزكاة، وتكمل بها نصابه، وتكون كأحد أنواعه، والقول بانتفاء الزكاة فيها أصح؛ لأن الأصل انتفاء الوجوب، وإنما ثبت بنص أو إجماع أو قياس، ولا نص في هذه ولا إجماع، إنما هو في بهيمة الأنعام من الأزواج الثمانية، وليست هذه داخلة في أجناسها، ولا حكمها، ولا حقيقتها، ولا معناها. فإن المتولد بين شيئين ينفرد باسمه وجنسه وحكمه عنهما، كالبغل المتولد بين الفرس والحمار، والسبع المتولد بين الذئب والضبع، والعسبار المتولد بين الضبعان والذئبة، فكذلك المتولد بين الظباء والمعز ليس بمعز ولا ظبي، ولا يتناوله نصوص الشارع، ولا يمكن قياسه عليها، لتباعد ما بينهما، واختلاف حكمهما، في كونه لا يجزئ في هدي ولا أضحية ولا دية، ولو أسلم في الغنم لم يتناوله العقد، ولو وكل وكيلا في شراء شاة، لم يدخل في الوكالة، ولا يحصل منه ما يحصل من الشياه؛ من الدر، وكثرة النسل، بل الظاهر أنه لا ينسل له أصلا، فإن المتولد بين ثنتين لا نسل له كالبغال، وما لا نسل له لا در فيه، فامتنع." [1]

"القياس، ولم يدخل في نص ولا إجماع، فإيجاب الزكاة فيها تحكم بالرأي.

وإذا قيل: تجب الزكاة احتياطا وتغليبا للإيجاب، كما أثبتنا التحريم فيها في الحرم والإحرام احتياطا. لم

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٤٥

يصح؛ لأن الواجبات لا تثبت احتياطا بالشك، ولهذا لا تجب الطهارة على من تيقنها، وشك في الحدث، ولا غيرها من الواجبات. وأما السوم والعلف فالاعتبار فيه بما تجب فيه الزكاة، لا بأصله الذي تولد منه، بدليل أنه لو علف المتولد من السائمة لم تجب زكاته، ولو أسام أولاد المعلوفة، لوجبت زكاتها.
وقول من زعم أن غنم مكة متولدة من الغنم والظباء لا يصح؛ لأنها لو كانت كذلك لحرمت في الحرم والإحرام، ووجب فيها الجزاء، كسائر المتولد بين الوحشي والأهلي، ولأنها لو كانت كذلك متولدة من جنسين لما كان لها نسل كالسبع والبغال.." (١)

"وواحدة، فليس فيها شيء، حتى تبلغ أربعمائة شاة، ففيها أربع شياه ". وهذا نص لا يجوز خلافه إلا بمثله أو أقوى منه، وتحديد النصاب لاستقرار الفريضة، لا للغاية، والله أعلم.

[مسألة لا يؤخذ في الصدقة تيس ولا هرمة ولا ذات عوار]
(١٧١٦) مسألة: قال: (ولا يؤخذ في الصدقة تيس، ولا هرمة، ولا ذات عوار) ذات العوار: المعيبة. وهذه الثلاث لا تؤخذ لدناءتها، فإن الله تعالى قال: ﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾ [البقرة: ٢٦٧] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ولا يخرج في الصدقة هرمة، ولا ذات عوار، ولا تيس، إلا ما شاء المصدق» . وقد قيل: لا يؤخذ تيس الغنم، وهو فحلها لفضيلته.
وكان أبو عبيد يروي الحديث: " إلا ما شاء المصدق ". بفتح الدال. يعني صاحب المال، فعلى هذا يكون الاستثناء في الحديث راجعا إلى التيس وحده. وذكر الخطابي أن جميع الرواة يخالفونه في هذا، فيروونه: " المصدق " بكسر الدال، أي العامل. وقال: التيس لا يؤخذ؛ لنقصه، وفساد لحمه، وكونه ذكرا، وعلى هذا لا يأخذ المصدق، وهو الساعي، أحد هذه الثلاثة، إلا أن يرى ذلك، بأن يكون جميع النصاب من جنسه فيكون له أن يأخذ من جنس المال فيأخذ هرمة، وهي الكبيرة من الهرمات، وذات عوار من أمثالها، وتيسا من التيوس.
وقال مالك والشافعي إن رأى المصدق أن أخذ هذه الثلاثة خير له، وأنفع للفقراء، فله أخذه؛ لظاهر الاستثناء. ولا يختلف المذهب أنه ليس له أخذ الذكر في شيء من الزكاة، إذا كان في النصاب إناث، في غير أتبعة البقر وابن اللبون، بدلا عن بنت مخاض إذا عدمها. وقال أبو حنيفة: يجوز إخراج الذكر من الغنم الإناث؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: «في أربعين شاة شاة» . ولفظ الشاة يقع على الذكر والأنثى،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٤٦

ولأن الشاة إذا أمر بها مطلقا، أجزأ فيها الذكر، كالأضحية والهدي.

ولنا، أنه حيوان تجب الزكاة في عينه، فكانت الأنوثة معتبرة في فرضه، كالإبل، والمطلق يتقيد بال قياس على سائر النصب، والأضحية غير معتبرة بالمال، بخلاف مسألتنا. فإن قيل: فما فائدة تخصيص التيس بالنهي إذا؟ قلنا: لأنه لا يؤخذ عن الذكور أيضا، فلو ملك أربعين ذكرا وفيها تيس معد للضراب، لم يجز أخذه؛ إما لفضيلته، فإنه لا يعد للضراب إلا أفضل الغنم وأعظمها، وإما لدناءته وفساد لحمه. ويجوز أن يمنع من أخذه للمعنيين جميعا. وإن كان النصاب كله ذكورا، جاز إخراج الذكر في الغنم وجها واحدا، وفي البقر في أصح الوجهين، وفي الإبل وجهان.

والفرق بين النصب الثلاثة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نص على الأنثى في فرائض الإبل والبقر، وأطلق الشاة الواجبة، وقال في الإبل «من لم يجد بنت مخاض، أخرج ابن لبون ذكرا» . ومن حيث المعنى أن الإبل يتغير فرضها بزيادة السن، فإذا جوزنا إخراج الذكر أفضى إلى التسوية بين الفريضتين؛ لأنه يخرج ابن لبون عن خمس وعشرين، ويخرجه عن ستة وثلاثين، وهذا المعنى يختص الإبل.

فإن قيل: فالبقر أيضا يأخذ منها تبيعا عن ثلاثين، وتبيعا عن أربعين إذا كانت أتبعة كلها، وقلنا: تؤخذ الصغيرة." (١)

"من الصغار، ثم تموت الأمهات، ويحول الحول على الصغار.

وقال أبو بكر لا يؤخذ أيضا إلا كبيرة تجزئ في الأضحية. وهو قول مالك؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «إنما حقنا في الجذعة» أو الثنية. ولأن زيادة السن في المال لا يزيد به الواجب، كذلك نقصانه لا ينقص به. ولنا، قول الصديق – رضي الله عنه – والله لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لقاتلتهم عليها.

فدل على أنهم كانوا يؤدون العناق، ولأنه مال تجب فيه الزكاة من غير اعتبار قيمته، فيجب أن يأخذ من عينه، كسائر الأموال، والحديث محمول على ما فيه كبار. وأما زيادة السن فليس تمنع الرفق بالمالك في الموضعين، كما أن ما دون النصاب عفو، وما فوقه عفو، وظاهر قول أصحابنا أن الحكم في الفصلان والعجول، كالحكم في السخال؛ لما ذكرنا في الغنم، ويكون التعديل بالقيمة مكان زيادة السن، كما قلنا في إخراج الذكر من الذكور.

ويحتمل أن لا يجوز إخراج الفصلان والعجول، وهو قول الشافعي كي لا يفضي إلى التسوية بين الفروض،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٤٨

فإنه يفضي إلى إخراج ابنة المخاض عن خمس وعشرين، وست وثلاثين، وست وأربعين، وإحدى وستين، ويخرج ابنتي اللبون عن ست وسبعين، وإحدى وتسعين، ومائة وعشرين، ويفضي إلى الانتقال من ابنة اللبون الواحدة من إحدى وستين، إلى اثنتين في ست وسبعين، مع تقارب الوقص بينهما، وبينهما في الأصل أربعون، والخبر ورد في السخال، فيمتنع قياس الفصلان والعجول عليهما؛ لما بينهما من الفرق.

[فصل ملك نصابا من الصغار في صدقة الشياه]

(١٧٢٠) فصل: وإن ملك نصابا من الصغار، انعقد عليه حول الزكاة من حين ملكه. وعن أحمد لا ينعقد عليه الحول حتى يبلغ سنا يجزئ مثله في الزكاة. وهو قول أبي حنيفة وحكي ذلك عن الشعبي لأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «ليس في السخال زكاة.» وقال: «لا تأخذ من راضع لبن.» ولأن السن معنى يتغير به الفرض، فكان لنقصانه تأثير في الزكاة، كالعدد.

ولنا، أن السخال تعد مع غيرها، فتعد منفردة، كالأمهات، والخبر يرويه جابر الجعفي، وهو ضعيف، عن الشعبي مرسلا، ثم هو محمول على أنه لا تجب فيها قبل حول الحول، والعدد تزيد الزكاة بزيادته، بخلاف السن، فإذا قلنا بهذه الرواية، فإذا ماتت الأمهات إلا واحدة، لم ينقطع الحول، وإن ماتت كلها، انقطع الحول.

[مسألة ما يجزئ في صدقة الغنم]

(١٧٢١) مسألة: قال: (ويؤخذ من المعز الثني، ومن الضأن الجذع) وجملته أنه لا يجزئ في صدقة الغنم إلا الجذع من الضأن، وهو ما له ستة أشهر، والثني من المعز، وهو ما له سنة. فإن تطوع المالك بأفضل منهما في السن جاز، فإن كان الفرض في النصاب أخذه." (١)

"وإن كان كله فوق الفرض خير المالك بين دفع واحدة منه، وبين شراء الفرض فيخرجه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه: لا يجزئ إلا الثنية منهما جميعا؛ لأنهما نوعا جنس، فكان الفرض منهما واحدا، كأنواع الإبل والبقر. وقال مالك تجزئ الجذعة منهما، لذلك، ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما حقنا في الجذعة والثنية» .

ولنا، على جواز إخراج الجذعة من الضأن مع هذا الخبر، «قول سعد بن دليم: أتاني رجلان على بعير،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٥٢

فقالا: إنا رسولا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إليك؛ لتؤدي صدقة غنمك. قلت: فأي شيء تأخذان؟ قالا: عناق جذعة أو ثنية.» أخرجه أبو داود. ولنا ما روى مالك عن سويد بن غفلة، قال: «أتانا مصدق رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقال: أمرنا أن نأخذ الجذعة من الضأن، والثنية من المعز» .

وهذا صريح، وفيه بيان المطلق في الحديثين قبله، ولأن جذعة الضأن تجزئ في الأضحية، بخلاف جذعة المعز، بدليل «قول النبي – صلى الله عليه وسلم – لأبي بردة بن نيار، في جذعة المعز: تجزئك، ولا تجزئ عن أحد بعدك.» قال إبراهيم الحربي إنما أجزأ الجذع من الضأن، لأنه يلقح، والمعز لا يلقح إلا إذا كان ثنيا.

[مسألة ضم أنواع الأجناس بعضها إلى بعض في إيجاب الزكاة]

(١٧٢٢) مسألة: قال (فإن كانت عشرين ضأنا، وعشرين معزا، أخذ من أحدهما ما يكون قيمته نصف شاة ضأن ونصف معز) لا نعلم خلافا بين أهل العلم في ضم أنواع الأجناس بعضها إلى بعض، في إيجاب الزكاة، وقال ابن المنذر أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم، على ضم الضأن إلى المعز.

إذا ثبت هذا فإنه يخرج الزكاة من أي الأنواع أحب، سواء دعت الحاجة إلى ذلك، بأن يكون الواجب واحدا، أو لا يكون أحد النوعين موجبا لواحد، أو لم يدع، بأن يكون كل واحد من النوعين يجب فيه فريضة كاملة. وقال عكرمة ومالك وإسحاق يخرج من أكثر العددين، فإن استويا أخرج من أيهما شاء. وقال الشافعي ال قياس أن يأخذ من كل نوع ما يخصه. اختاره ابن المنذر لأنها أنواع تجب فيها الزكاة، فتجب زكاة كل نوع منه، كأنواع الثمرة والحبوب.

ولنا، أنهما نوعا جنس من الماشية، فجاز الإخراج من أيهما شاء، كما لو استوى العددان، وكالسمان والمهازيل، وما ذكره الشافعي يفضي إلى تشقيص الفرض، وقد عدل إلى غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من أجله، فالعدول إلى النوع أولى. فإذا ثبت هذا فإنه يخرج من أحد النوعين ما قيمته كقيمة المخرج من النوعين، فإذا كان النوعان." [١]

"ولنا ما روى البخاري، في حديث أنس الذي ذكرنا أوله: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة» وما كان من خليطين، فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية ". ولا يجيء التراجع إلا على قولنا في خلطة الأوصاف. وقوله: لا يجمع بين متفرق. إنما يكون هذا إذا كان لجماعة، فإن الواحد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٣/٢

يضم ماله بعضه إلى بعض، وإن كان في أماكن، وهكذا لا يفرق بين مجتمع.

ولأن للخلطة تأثيرا في تخفيف المؤنة، فجاز أن تؤثر في الزكاة كالسوم والسقي، و قياسهم مع مخالفة النص غير مسموع. إذا ثبت هذا فإن خلطة الأوصاف يعتبر فيها اشتراكهم في خمسة أوصاف: المسرح، والمبيت، والمحلب، والمشرب، والفحل. قال أحمد: الخليطان أن يكون راعيهما واحدا، ومراحهما واحدا، وشربهما واحدا. وقد ذكر أحمد في كلامه شرطا سادسا، وهو الراعي.

قال الخرقي: " وكان مرعاهم ومسرحهم واحدا ". فيحتمل أنه أراد بالمرعى الراعي، ليكون موافقا لقول أحمد، ولكون المرعى هو المسرح. قال ابن حامد: المرعى والمسرح شرط واحد، وإنما ذكر أحمد المسرح ليكون فيه راع واحد، والأصل في هذا ما روى الدارقطني، في " سننه "، بإسناده عن سعد بن أبي وقاص، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة» والخليطان ما اجتمعا في الحوض والفحل والراعي " وروي " المرعى ".

وبنحو من هذا قال الشافعي. وقال بعض أصحاب مالك: لا يعتبر في الخلطة إلا شرطان: الراعي، والمرعى؛ لقوله - عليه السلام -: " لا يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين متفرق ". والاجتماع يحصل بذلك، ويسمى خلطة، فاكتفي به. ولنا، قوله - صلى الله عليه وسلم -: «والخليطان: ما اجتمعا في الحوض والراعي والفحل.» فإن قيل: فلم اعتبرتم زيادة على هذا؟ قلنا: هذا تنبيه على بقية الشرائط، وإلغاء لما ذكروه، ولأن لكل واحد من هذه الأوصاف تأثيرا. فاعتبر كالمرعى.

إذا ثبت هذا فالمبيت معروف، وهو المراح الذي تروح إليه الماشية، قال الله تعالى ﴿حين تريحون وحين تسرحون﴾ [النحل: ٦] . والمسرح والمرعى واحد، وهو الذي ترعى فيه الماشية، يقال: سرحت الغنم، إذا مضت إلى المرعى، وسرحتها، أي بالتخفيف والتثقيل، ومنه قوله تعالى: ﴿وحين تسرحون﴾ [النحل: ٦] . والمحلب: الموضع الذي تحلب فيه الماشية، يشترط أن يكون واحدا، ولا يفرد كل واحد منهما لحلب ماشيته موضعا، وليس المراد منه خلط اللبن في إناء واحد؛ لأن هذا ليس بمرفق، بل مشقة، لما فيه من الحاجة إلى قسم اللبن.

ومعنى كون الفحل واحدا، أن لا تكون فحولة أحد المالين لا تطرق غيره. وكذلك الراعي، هو أن لا يكون لكل مال راع، ينفرد برعايته دون الآخر.." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٥٥

"نصف شاة أيضا؛ لأن تعلق الزكاة بالعين، لا بمعنى أن الفقراء ملكوا جزءا من النصاب، بل بمعنى أنه تعلق حقهم به، كتعلق أرش الجناية بالجاني، فلم يمنع وجوب الزكاة. وقال أبو الخطاب لا شيء على المشتري؛ لأن تعلق الزكاة بالعين نقص النصاب. وهذا الصحيح؛ فإن فائدة قولنا: الزكاة تتعلق بالعين إنما تظهر في منع الزكاة، وقد ذكره القاضي في غير هذا الموضع.

وعلى قياس هذا، لو كان لرجلين نصاب خلطة، فباع أحدهما خليطه في بعض الحول، فهي عكس المسألة الأولى في الصورة، ومثلها في المعنى؛ لأنه كان في الأول خليط نفسه، ثم صار خليط أجنبي، وها هنا كان خليط أجنبي، ثم صار خليط نفسه. ومثله لو كان رجلان متوارثان، لهما نصاب خلطة، فمات أحدهما في بعض الحول، فورثه صاحبه، على قياس قول أبي بكر لا يجب عليه شيء حتى يتم الحول على المالين، من حين ملكه لهما، إلا أن يكون أحدهما بمفرده يبلغ نصابا. وعلى قياس قول ابن حامد تجب الزكاة في النصف الذي كان له خاصة.

[فصل استأجر أجيرا يرعى له بشاة معينة من النصاب فحال الحول ولم يفردها]

(١٧٣٠) فصل: إذا استأجر أجيرا يرعى له بشاة معينة من النصاب، فحال الحول، ولم يفردها، فهما خليطان تجب عليهما زكاة الخلطة. وإن أفردها قبل الحول، فلا شيء عليهما، لنقصان النصاب. وإن استأجره بشاة موصوفة في الذمة، صح أيضا، فإذا حال الحول، وليس له ما يقتضيه غير النصاب، انبنى على الدين، هل يمنع الزكاة في الأموال الظاهرة؟ وسنذكره فيما بعد، إن شاء الله تعالى.

[مسألة الساعي يأخذ الفرض من مال أي الخليطين شاء]

(١٧٣١) مسألة: قال: (وتراجعوا فيما بينهم بالحصص) قد ذكرنا أن الخلطاء تؤخذ الصدقة من أموالهم، كما تؤخذ من مال الواحد. وظاهر كلام أحمد أن الساعي يأخذ الفرض من مال أي الخليطين شاء، سواء دعت الحاجة إلى ذلك، بأن تكون الفريضة عينا واحدة لا يمكن أخذها من المالين جميعا، أو لا يجد فرضهما جميعا إلا في أحد المالين، مثل أن يكون مال أحدهما صحاحا كبارا، ومال خليطه صغارا أو مراضا، فإنه تجب صحيحة كبيرة، أو لم تدع الحاجة إلى ذلك، بأن يجد فرض كل واحد من المالين فيه. قال أحمد إنما يجيء المصدق فيجد الماشية، فيصدقها، ليس يجيء فيقول: أي شيء لك؟ وإنما يصدق ما يجده، والخليط قد ينفع وقد يضر. قال الهيثم بن خارجة لأبي عبد الله أنا رأيت مسكينا كان له في غنم

شاتان، فجاء المصدق فأخذ إحداهما. والوجه في ذلك قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «ما كان من خليطين، فإنهما يتراجعان بالسوية.»." [1]

"الدواب، ولأنها ليست من بهيمة الأنعام، فلم تجب زكاتها، كالوحوش.

وحديثهم يرويه غورك السعدي، وهو ضعيف. وأما عمر فإنما أخذ منهم شيئا تبرعوا به، وسألوه أخذه، وعوضهم عنه برزق عبيدهم، فروى الإمام أحمد، بإسناده عن حارثة، قال: جاء ناس من أهل الشام إلى عمر فقالوا: إنا قد أصبنا مالا وخيلا ورقيقا، نحب أن يكون لنا فيها زكاة وطهور. قال: ما فعله صاحباي قبلي، فأفعله فاستشار أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وفيهم علي فقال: هو حسن إن لم يكن جزية يؤخذون بها من بعدك. قال أحمد: فكان عمر يأخذ منهم، ثم يرزق عبيدهم.

فصار حديث عمر حجة عليهم من وجوه؛ أحدها، قوله: ما فعله صاحباي. يعني النبي – صلى الله عليه وسلم – وأبا بكر، ولو كان واجبا لما تركا فعله. الثاني، أن عمر امتنع من أخذها، ولا يجوز له أن يمتنع من الواجب. الثالث، قول علي: هو حسن إن لم يكن جزية يؤخذون بها من بعدك.

فسمى جزية إن أخذوا بها، وجعل حسنه مشروطا بعدم أخذهم به، فيدل على أن أخذهم بذلك غير جائز. الرابع، استشارة عمر أصحابه في أخذه، ولو كان واجبا لما احتاج إلى الاستشارة. الخامس، أنه لم يشر عليه بأخذه أحد سوى علي بهذا الشرط الذي ذكره، ولو كان واجبا لأشاروا به. السادس، أن عمر عوضهم عنه رزق عبيدهم، والزكاة لا يؤخذ عنها عوض

ولا يصح قياسها على النعم؛ لأنها يكمل نماؤها، وينتفع بدرها ولحمها، ويضحى بجنسها، وتكون هديا، وفدية عن محظورات الإحرام، وتجب الزكاة من عينها، ويعتبر كمال نصابها، ولا يعتبر قيمتها، والخيل بخلاف ذلك.

[مسألة الصدقة لا تجب إلا على أحرار المسلمين]

(١٧٣٨) مسألة: قال: (والصدقة لا تجب إلا على أحرار المسلمين) وفي بعض النسخ: " إلا على الأحرار المسلمين ". ومعناهما واحد، وهو أن الزكاة لا تجب إلا على حر مسلم تام الملك، وهو قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه خلافا إلا عن عطاء وأبي ثور فإنهما قالا: على العبد زكاة ماله. ولنا، أن العبد ليس بتام الملك، فلم تلزمه زكاة، كالمكاتب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٩/٢

فأما الكافر فلا خلاف في أنه لا زكاة عليه، ومتى صار أحد هؤلاء من أهل الزكاة، وهو مالك للنصاب، استقبل به حولا ثم زكاه، فأما الحر المسلم إذا ملك نصابا خاليا عن دين، فعليه الزكاة عند تمام حوله، سواء كان كبيرا أو صغيرا، أو عاقلا أو مجنونا.

[مسألة وجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون]

مسألة: قال: (والصبي والمجنون يخرج عنهما وليهما)." (١)

"في النصاب وهو سبب، فضمه إليه في الحول الذي هو شرط أولى.

وبيان ذلك أنه لو كان عنده مائتا درهم، مضى عليها نصف الحول، فوهب له مائة أخرى، فإن الزكاة تجب فيها إذا تم حولها، بغير خلاف، ولولا المائتان ما وجب فيها شيء، فإذا ضمت إلى المائتين في أصل الوجوب فكذلك في وقته، ولأن إفراده بالحول يفضي إلى تشقيص الواجب في السائمة، واختلاف أوقات الواجب، والحاجة إلى ضبط مواقيت التملك، ومعرفة قدر الواجب في كل جزء ملكه، ووجوب القدر اليسير الذي لا يتمكن من إخراجه، ثم يتكرر ذلك في كل حول ووقت، وهذا حرج مدفوع بقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] .

وقد اعتبر الشرع ذلك بإيجاب غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من الإبل، وجعل الأوقاص في السائمة، وضم الأرباح والنتاج إلى حول أصلها مقرونا بدفع هذه المفسدة، فيدل على أنه علة لذلك، فيجب تعدية الحكم إلى محل النزاع. وقال مالك كقوله في السائمة؛ دفعا للتشقيص في الواجب، وكقولنا في الأثمان؛ لعدم ذلك فيها. ولنا، حديث عائشة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» .

وروى الترمذي، عن ابن عمر، أنه قال: من استفاد مالا، فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول. وروي مرفوعا عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إلا أن الترمذي قال: الموقوف أصح، وإنما رفعه عبد الرحمن بن يزيد بن أسلم، وهو ضعيف. وقد روي عن أبي بكر الصديق وعلي وابن عمر وعائشة وعطاء وعمر بن عبد العزيز وسالم والنخعي أنه لا زكاة في المستفاد حتى يحول عليه الحول.

ولأنه مملوك أصلا، فيعتبر فيه الحول شرطا، كالمستفاد من غير الجنس، ولا تشبه هذه الأموال الزروع والثمار، لأنها تتكامل ثمارها دفعة واحدة، ولهذا لا تتكرر الزكاة فيها، وهذه نماؤها بنقلها، فاحتاجت إلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٦٤

الحول.

وأما الأرباح والنتاج، فإنما ضمت إلى أصلها؛ لأنها تبع له، ومتولدة منه، ولم يوجد ذلك في مسألتنا، وإن سلمنا أن علة ضمها، ما ذكروه من الحرج، فلا يوجد ذلك في مسألتنا؛ لأن الأرباح تكثر وتتكرر في الأيام والساعات، ويعسر ضبطها، وكذلك النتاج، وقد يوجد ولا يشعر به، فالمشقة فيه أتم، لكثرة تكرره، بخلاف هذه الأسباب المستقلة، فإن الميراث والاغتنام والاتهاب ونحو ذلك يندر ولا يتكرر، فلا يشق ذلك فيه، وإن شق فهو دون المشقة في الأرباح والنتاج، فيمتنع قياسه عليه.

واليسر فيما ذكرنا أكثر؛ لأن الإنسان يتخير بين التأخير والتعجيل، وما ذكروه." (١)

"أعطيه؟ قال: نعم، لك كفلان من الأجر.» ولأنه لا تجب نفقته، فلا يمنع دفع الزكاة إليه، كالأجنبي، ويفارق الزوجة، فإن نفقتها واجبة عليه، ولأن الأصل جواز الدفع لدخول الزوج في عموم الأصناف المسمين في الزكاة، وليس في المنع نص ولا إجماع.

وقياسه على من ثبت المنع في حقه غير صحيح؛ لوضوح الفرق بينهما، فيبقى جواز الدفع ثابتا، والاستدلال بهذا أقوى من الاستدلال بالنصوص، لضعف دلالتها؛ فإن الحديث الأول في صدقة التطوع، لقولها: أردت أن أتصدق بحلي لي. ولا تجب الصدقة بالحلي، وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «زوجك وولدك أحق من تصدقت به عليهم.» والولد لا تدفع إليه الزكاة. والحديث الثاني، ليس فيه ذكر الزوج، وذكر الزكاة فيه غير محفوظ.

قال أحمد من ذكر الزكاة فهو عندي غير محفوظ، إنما ذاك صدقة من غير الزكاة، كذا قال الأعمش فأما الحديث الآخر فهو مرسل، وهو في النذر.

(١٧٧٠) فصل: فإن كان في عائلته من لا يجب عليه الإنفاق عليه كيتيم أجنبي، فظاهر كلام أحمد أنه لا يجوز له دفع زكاته إليه؛ لأنه ينتفع بدفعها إليه، لإغنائه بها عن مؤنته. والصحيح، إن شاء الله، جواز دفعها إليه؛ لأنه داخل في أصناف المستحقين للزكاة، ولم يرد في منعه نص ولا إجماع ولا قياس صحيح، فلا يجوز إخراجه من عموم النص بغير دليل، وإن توهم أنه ينتفع بدفعها إليه، قلنا: قد لا ينتفع به، فإنه يصرفها في مصالحه التي لا يقوم بها الدافع، وإن قدر الانتفاع فإنه نفع لا يسقط به واجب عليه، ولا يجتلب به مال إليه، فلم يمنع ذلك الدفع، كما لو كان يصله تبرعا من غير أن يكون من عائلته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٦٩

[فصل ليس لمخرج الزكاة شراؤها ممن صارت إليه]

(١٧٧١) فصل: وليس لمخرج الزكاة شراؤها ممن صارت إليه. وروي ذلك عن الحسن وهو قول قتادة ومالك قال أصحاب مالك: فإن اشتراها لم ينقض البيع. وقال الشافعي وغيره: يجوز لقول النبي: - صلى الله عليه وسلم - «لا تحل الصدقة لغني، إلا لخمسة؛ رجل ابتاعها بماله»

وروى سعيد، في " سننه «أن رجلا تصدق على أمه." [(١)]

"[فصل بنو المطلب هل لهم الأخذ من الزكاة]

(١٧٨١) فصل: فأما بنو المطلب، فهل لهم الأخذ من الزكاة؟ على روايتين: إحداهما ليس لهم ذلك. نقلها عبد الله بن أحمد وغيره؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنا وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا إسلام، إنما نحن وهم شيء واحد» . وفي لفظ رواه الشافعي في " مسنده ":: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» . وشبك بين أصابعه.

ولأنهم يستحقون من خمس الخمس فلم يكن لهم الأخذ كبني هاشم، وقد أكد ما روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - علل منعهم الصدقة باستغنائهم عنها بخمس الخمس، فقال: «أليس في خمس الخمس ما يغنيكم؟» . والرواية الثانية، لهم الأخذ منها. وهو قول أبي حنيفة لأنهم دخلوا في عموم قوله تعالى ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ [التوبة: ٦٠] . الآية.

لكن خرج بنو هاشم؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد» ، فيجب أن يختص المنع بهم، ولا يصح قياس بني المطلب على بني هاشم؛ لأن بني هاشم أقرب إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وأشرف، وهم آل النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ ومشاركة بني المطلب لهم في خمس الخمس ما استحقوه بمجرد القرابة، بدليل أن بني عبد شمس وبني نوفل يساوونهم في القرابة، ولم يعطوا شيئا، وإنما شاركوهم بالنصرة، أو بهما جميعا، والنصرة لا تقتضي منع الزكاة.

(١٧٨٢) فصل وروى الخلال، بإسناده عن ابن أبي مليكة، أن خالد بن سعيد بن العاص بعث إلى عائشة سفرة من الصدقة. فردتها، وقالت: إنا آل محمد - صلى الله عليه وسلم - لا تحل لنا الصدقة. وهذا يدل على تحريمها على أزواج رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.

(١٧٨٣) فصل: وظاهر قول الخرقي هاهنا، أن ذوي القربى يمنعون الصدقة، وإن كانوا عاملين، وذكر في

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٨٥

باب قسم الفيء والصدقة ما يدل على إباحة الأخذ لهم عمالة. وهو قول أكثر أصحابنا؛ لأن ما يأخذونه أجر، فجاز لهم أخذه، كالحمال وصاحب المخزن إذا أجرهم مخزنه. ولنا، حديث أبي رافع وقد ذكرناه، وما روى مسلم بإسناده، «أنه اجتمع ربيعة بن الحارث،." (١)

"أعطني من الصدقة. فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات، حتى حكم فيها هو، فجزأها ثمانية أجزاء، فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك» . رواه أبو داود.

وأحكامهم كلها باقية. وبهذا قال الحسن والزهري وأبو جعفر محمد بن علي وقال الشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي: انقطع سهم المؤلفة بعد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد أعز الله تعالى الإسلام وأغناه عن أن يتألف عليه رجال، فلا يعطى مشرك تالفا بحال.

قالوا: وقد روي هذا عن عمر. ولنا، كتاب الله وسنة رسوله؛ فإن الله تعالى سمى المؤلفة في الأصناف الذين سمى الصدقة لهم، والنبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن الله تعالى حكم فيها، فجزأها ثمانية أجزاء. وكان يعطي المؤلفة كثيرا، في أخبار مشهورة، ولم يزل كذلك حتى مات» ، ولا يجوز ترك كتاب الله وسنة رسوله إلا بنسخ، والنسخ لا يثبت بالاحتمال.

ثم إن النسخ إنما يكون في حياة النبي - صلى الله عليه وسلم -، لأن النسخ إنما يكون بنص، ولا يكون النص بعد موت النبي - صلى الله عليه وسلم - وانقراض زمن الوحي، ثم إن القرآن لا ينسخ إلا بقرآن، وليس في القرآن نسخ كذلك ولا في السنة، فكيف يترك الكتاب والسنة بمجرد الآراء والتحكم، أو بقول صحابي أو غيره، على أنهم لا يرون قول الصحابي حجة يترك لها قياس، فكيف يتركون به الكتاب والسنة، قال الزهري: لا أعلم شيئا نسخ حكم المؤلفة.

على أن ما ذكروه من المعنى لا خلاف بينه وبين الكتاب والسنة، فإن الغنى عنهم لا يوجب رفع حكمهم، وإنما يمنع عطيتهم حال الغنى عنهم، فمتى دعت الحاجة إلى إعطائهم أعطوا، فكذلك جميع الأصناف، إذا عدم منهم صنف في بعض الزمان، سقط حكمه في ذلك الزمن خاصة، فإذا وجد عاد حكمه، كذا هنا.

[فصل صرف الزكاة إلى غير من ذكر الله تعالى]

(١٧٩٠) فصل: ولا يجوز صرف الزكاة إلى غير من ذكر الله تعالى، من بناء المساجد والقناطر والسقايات

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٩٠

وإصلاح الطرقات، وسد البثوق، وتكفين الموتى، والتوسعة على الأضياف، وأشباه ذلك من القرب التي لم يذكرها الله تعالى.

وقال أنس والحسن: ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضية.." (١)

"عليها أحوال، فعليه في الحول الأول بنت مخاض، وعليه لكل حول بعده أربع شياه. وإن بلغت قيمة الشاة الواجبة أكثر من خمس من الإبل.

فإن قيل: فإذا لم يكن في خمس وعشرين بنت مخاض، فالواجب فيها من غير عينها، فيجب أن لا تنقص زكاتها أيضا في الأحوال كلها. قلنا: إذا أدى عن خمس وعشرين أكبر من بنت مخاض، جاز فقد أمكن تعلق الزكاة بعينها، لإمكان الأداء منها، بخلاف عشرين من الإبل، فإنه لا يقبل منه واحدة منها، فافترقا.

[فصل الزكاة تجب بحلول الحول سواء تمكن من الأداء أو لم يتمكن]

(١٨١٣) فصل: الحكم الثاني، أن الزكاة تجب بحلول الحول، سواء تمكن من الأداء أو لم يتمكن. وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: التمكن من الأداء شرط، فيشترط للوجوب ثلاثة أشياء: الحول، والنصاب، والتمكن من الأداء. وهذا قول مالك.

حتى لو أتلف الماشية بعد الحول قبل إمكان الأداء لا زكاة عليه، إذا لم يقصد الفرار من الزكاة؛ لأنها عبادة، فيشترط لوجوبها إمكان أدائها كسائر العبادات. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» . فمفهومه، وجوبها عليه إذا حال الحول، ولأنه لو لم يتمكن من الأداء حتى حال عليه حولان، وجبت عليه زكاة الحولين، ولا يجوز وجوب فرضين في نصاب واحد في حال واحدة، و قياسهم ينقلب عليهم، فإننا نقول: هذه عبادة، فلا يشترط لوجوبها إمكان أدائها، كسائر العبادات، فإن الصوم يجب على الحائض والمريض العاجز عن أدائه، والصلاة تجب على المغمى عليه والنائم، ومن أدرك من أول الوقت جزءا ثم جن أو حاضت المرأة، والحج يجب على من أيسر في وقت لا يتمكن من الحج فيه، أو منعه من المضي مانع.

ثم الفرق بينهما، أن تلك عبادات بدنية، يكلف فعلها ببدنه، فأسقطها تعذر فعلها، وهذه عبادة مالية، يمكن ثبوت الشركة للمساكين في ماله والوجوب في ذمته مع عجزه عن الأداء، كثبوت الديون في ذمة المفلس وتعلقها بماله بجنايته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٩٧

[فصل الزكاة لا تسقط بتلف المال فرط أو لم يفرط]

(١٨١٤) فصل: الثالث، أن الزكاة لا تسقط بتلف المال، فرط أو لم يفرط. هذا المشهور عن أحمد، وحكى عنه الميموني أنه إذا تلف النصاب قبل التمكن من الأداء، سقطت الزكاة عنه، وإن تلف بعده، لم تسقط. وحكاه ابن المنذر مذهبا لأحمد. وهو قول الشافعي، والحسن بن صالح، وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر. وبه قال مالك، إلا في الماشية، فإنه قال: لا شيء فيها حتى يجيء المصدق، فإن هلكت قبل مجيئه." (١)

"في معناها في غلبة الاقتيات بها، وكثرة نفعها، ووجودها، فلم يصح قياسه عليها، ولا إلحاقه بها، فيبقى على الأصل. وقال أبو حنيفة: تجب الزكاة في كل ما يقصد بزراعته نماء الأرض، إلا الحطب، والقصب، والحشيش؛ «لقوله - عليه السلام -: فيما سقت السماء العشر» . وهذا عام، ولأن هذا يقصد بزراعته نماء الأرض، فأشبه الحب.

ووجه قول الخرقي، أن عموم قوله - عليه السلام -: «فيما سقت السماء العشر» . وقوله - عليه السلام - لمعاذ: «خذ الحب من الحب» . يقتضي وجوب الزكاة في جميع ما تناوله، خرج منه ما لا يكال، وما ليس بحب، بمفهوم قوله - عليه السلام -: «ليس في حب ولا تمر صدقة، حتى يبلغ خمسة أوسق» . رواه مسلم والنسائي. فدل هذا الحديث على انتفاء الزكاة مما لا، توسيق فيه، وهو مكيال، ففيما هو مكيل يبقى على العموم، والدليل على انتفاء الزكاة مما سوى ذلك ما ذكرنا من اعتبار التوسيق.

وروي عن علي، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «ليس في الخضراوات صدقة» . وعن عائشة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «ليس فيما أنبتت الأرض من الخضر صدقة» . وعن موسى بن طلحة، عن أبيه، وعن أنس، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مثله. رواهن الدارقطني. وروى الترمذي، بإسناده عن «معاذ، أنه كتب إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - يسأله عن الخضراوات، وهي: البقول، فقال: ليس فيها شيء» . وقال: يرويه الحسن بن عمارة، وهو ضعيف، والصحيح أنه عن موسى بن طلحة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسل.

وقال موسى بن طلحة: جاء الأثر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في خمسة أشياء: الشعير، والحنطة، والسلت، والزبيب، والتمر، وما سوى ذلك مما أخرجت الأرض فلا عشر فيه. وقال: إن معاذا لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٠٨

يأخذ من الخضر صدقة. وروى الأثرم، بإسناده، أن عامل عمر كتب إليه في كروم، فيها من الفرسك والرمان ما هو أكثر غلة من الكروم أضعافا فكتب عمر: إنه ليس عليها عشر، هي من العضاه.

[فصل لا زكاة فيما ينبت من المباح الذي لا يملك إلا بأخذه]

(١٨٢٤) فصل: ولا شيء فيما ينبت من المباح الذي لا يملك إلا بأخذه، كالبطم، والعفص، والزعبل وهو شعير الجبل، وبزر قطونا، وبزر البقلة، وحب الثمام، والقت وهو بزر الأشنان إذا أدرك وتناهى نضجه حصلت فيه مرورة وملوحة، وأشباه هذا. ذكره ابن حامد؛ لأنه إنما يملك بحيازته، وأخذ." (١)

"الزكاة إنما تجب فيه إذا بدا صلاحه، وفي تلك الحال لم يكن مملوكا له، فلا يتعلق به الوجوب، كالذي يلتقطه اللقاط من السنبل، فإنه لا زكاة فيه. نص عليه أحمد.

وذكر القاضي في المباح أن فيه الزكاة إذا نبت في أرضه، ولعله بنى هذا على أن ما نبت في أرضه من الكلأ يكون ملكا له، والصحيح خلافه. فأما إن نبت في أرضه ما يزرعه الآدميون، مثل أن سقط في أرض إنسان حب من الحنطة أو الشعير، فنبت ففيه الزكاة؛ لأنه يملكه.

ولو اشترى زرعا بعد بدو الصلاح فيه، أو ثمرة قد بدا صلاحها، أو ملكها بجهة من جهات الملك، لم تجب فيه الزكاة؛ لما ذكرنا.

[فصل لا زكاة فيما ليس بحب ولا ثمر]

(١٨٢٥) فصل: ولا تجب فيما ليس بحب ولا ثمر، سواء وجد فيه الكيل والادخار أو لم يوجد، فلا تجب في ورق مثل ورق السدر والخطمي والأشنان والصعتر والآس ونحوه؛ لأنه ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص، ومفهوم قوله – عليه السلام -: «لا زكاة في حب ولا ثمر حتى يبلغ خمسة أوسق» . أن الزكاة لا تجب في غيرهما. قال ابن عقيل: في ثمر السدر، فورقه أولى.

ولأن الزكاة لا تجب في الحب المباح، ففي الورق أولى. ولا زكاة في الأزهار، كالزعفران، والعصفر، والقطن؛ لأنه ليس بحب ولا ثمر، ولا هو بمكيل، فلم تجب فيه زكاة، كالخضراوات. قال أحمد: ليس في القطن شيء. وقال: ليس في الزعفران زكاة. وهذا ظاهر كلام الخرقي، واختيار أبي بكر. وروي عن علي في الفاكهة والبقل والتوابل والزعفران زكاة. وعن عمر أنه قال: إنما سن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الزكاة في

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥

الحنطة والشعير والتمر والزبيب.

وكذلك عبد الله بن عمر. وحكي عن أحمد، أن في القطن والزعفران زكاة. وخرج أبو الخطاب في العصفر والورس وجها، قياسا على الزعفران. والأولى ما ذكرناه، وهذا مخالف لأصول أحمد؛ قال: المروي عنه روايتان: إحداهما، أنه لا زكاة إلا في الأربعة. والثانية: أنها إنما تجب في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والذرة والسلت والأرز والعدس، وكل شيء يقوم مقام هذه حتى يدخر، ويجري فيه القفيز، مثل: اللوبيا والحمص والسماسم والقطنيات؛ ففيه الزكاة.

وهذا لا يجري فيه القفيز، ولا هو في معنى ما سماه.

[فصل اختلف في زكاة الزيتون]

(١٨٢٦) فصل: واختلفت الرواية في الزيتون. فقال أحمد، في رواية ابنه صالح: فيه العشر إذا بلغ – يعني خمسة أوسق – وإن عصر قوم ثمنه؛ لأن الزيت له بقاء. وهذا قول الزهري، والأوزاعي، ومالك، والليث، والثوري، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وروي عن ابن عباس؛ لقول الله تعالى: ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾ [الأنعام: ١٤١] .." [١]

"تقوم بأدنى النصابين من الأثمان. وقال أصحاب الشافعي في الزعفران: تجب الزكاة في قليله وكثيره. ولا أعلم لهذه الأقوال دليلا، ولا أصلا يعتمد عليه.

ويردها قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» . وإيجاب الزكاة في قليله وكثيره مخالف لجميع أموال الزكاة واعتباره بغيره مخالف لجميع ما يجب عشره، واعتباره بأقل ما فيه الزكاة قيمة لا نظير له أصلا، و قياسه على العروض لا يصح؛ لأن العروض لا تجب الزكاة في عينها، وإنما تجب في قيمتها، تؤدى من القيمة التي اعتبرت بها، والقيمة يرد إليها كل الأموال المتقومات، فلا يلزم من الرد إليها الرد إلى ما لم يرد إليه شيء أصلا، ولا تخرج الزكاة منه، ولأن هذا مال تخرج الزكاة من جنسه، فاعتبر نصابه بنفسه، كالحبوب، ولأنه خارج من الأرض يجب فيه العشر أو نصفه، فأشبه سائر ما يجب فيه ذلك، ولأنه مال تجب فيه الزكاة، فلم يجب في قليله وكثيره، كسائر الأموال، ولأنه لا نص فيما ذكروه ولا إجماع، ولا هو في معناهما.

فوجب أن لا يقال به، لعدم دليله. اهـ. انتهى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٦

[فصل الحكم الثالث العشر يجب فيما سقي بغير مؤنة]

(١٨٣٢) فصل: الحكم الثالث، أن العشر يجب فيما سقي بغير مؤنة، كالذي يشرب من السماء والأنهار، وما يشرب بعروقه، وهو الذي يغرس في أرض ماؤها قريب من وجهها، فتصل إليه عروق الشجر، فيستغني عن سقي، وكذلك ما كانت عروقه تصل إلى نهر أو ساقية. ونصف العشر فيما سقي بالمؤن، كالدوالي والنواضح؛ لا نعلم في هذا خلافا. وهو قول مالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، وغيرهم.

والأصل فيه قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر، وما سقي بالنضح نصف العشر» . رواه البخاري، قال أبو عبيد العثري: ما تسقيه السماء، وتسميه العامة: العذي. وقال القاضي: هو الماء المستنقع في بركة أو نحوها، يصب إليه ماء المطر في سواق تشق له، فإذا اجتمع سقي منه، واشتقاقه من العاثور، وهي الساقية التي يجري فيها الماء، لأنها يعثر بها من يمر بها. وفي رواية مسلم: «وفيما يسقى بالسانية نصف العشر» . والسواني: هي النواضح، وهي الإبل يستقى بها لشرب الأرض.

وعن معاذ، قال: «بعثني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى اليمن، فأمرني أن آخذ مما سقت السماء، أو سقي بعلا، العشر، وما سقي بدالية نصف العشر» . قال أبو عبيد: البعل، ما شرب بعروقه من غير سقي. وفي الجملة كل ما سقي بكلفة ومؤنة، من دالية أو سانية أو دولاب أو ناعورة أو غير ذلك، ففيه نصف العشر، وما سقي بغير مؤنة، ففيه العشر؛ لما روينا من الخبر، ولأن للكلفة تأثيرا في إسقاط الزكاة جملة، بدليل المعلوفة، فبأن يؤثر في تخفيفها أولى، ولأن الزكاة إنما تجب في المال النامي، وللكلفة." (١)

"النصاب شرط في الوجوب، فمتى لم يوجد وقت الوجوب لم يجب. وأما من قال: إن الوجوب ثبت إذا بدا الصلاح واشتد الحب، ف قياس قوله: إن تلف البعض. إن كان قبل الوجوب، فهو كما قال القاضي، وإن كان بعده، وجب في الباقي بقدره، سواء كان نصابا أو لم يكن نصابا؛ لأن المسقط اختص بالبعض، فاختص السقوط به، كما لو تلف بعض نصاب السائمة بعد وجوب الزكاة فيها. وهذا فيما إذا تلف بغير تفريطه وعدوانه.

فأما إن أتلفها، أو تلفت بتفريطه أو عدوانه بعد الوجوب، لم تسقط عنه الزكاة، وإن كان قبل الوجوب،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩

سقطت، إلا أن يقصد بذلك الفرار من الزكاة، فيضمنها، ولا تسقط عنه، ومتى ادعى رب المال تلفها بغير تفريطه، قبل قوله من غير يمين، سواء كان ذلك قبل الخرص أو بعده، ويقبل قوله أيضا في قدرها بغير يمين، وكذلك في سائر الدعاوى.
قال أحمد: لا يستحلف الناس على صدقاتهم، وذلك لأنه حق لله تعالى، فلا يستحلف فيه، كالصلاة والحد.

[فصل جذها وجعلها في الجرين أو جعل الزرع في البيدر استقر وجوب الزكاة عليه]
(١٨٤١) فصل: وإن جذها وجعلها في الجرين، أو جعل الزرع في البيدر، استقر وجوب الزكاة عليه، عند من لم ير التمكن من الأداء شرطا في استقرار الوجوب. فإن تلفت بعد ذلك، لم تسقط الزكاة عنه، وعليه ضمانها، كما لو تلف نصاب السائمة أو الأثمان بعد الحول. وعلى الرواية الأخرى، في كون التمكن من الأداء معتبرا، لا يستقر الوجوب فيها حتى تجف الثمرة، ويصفى الحب، ويتمكن من أداء حقه، فلا يفعل، وإن تلف قبل ذلك، فلا شيء عليه، على ما ذكرنا في غير هذا.

[فصل تصرف المالك في النصاب قبل الخرص وبعده بالبيع والهبة وغيرهما]
(١٨٤٢) فصل: ويصح تصرف المالك في النصاب قبل الخرص، وبعده، بالبيع والهبة وغيرهما. فإن باعه أو وهبه بعد بدو صلاحه، فصدقته على البائع والواهب. وبهذا قال الحسن، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وبه قال الليث، إلا أن يشترطها على المبتاع، وإنما وجبت على البائع؛ لأنها كانت واجبة عليه قبل البيع فبقي على ما كان عليه، وعليه إخراج الزكاة من جنس المبيع والموهوب.
وعن أحمد، أنه مخير بين أن يخرج ثمرا أو من الثمن. قال القاضي: والصحيح أن عليه عشر الثمرة؛ فإنه لا يجوز إخراج القيمة في الزكاة، على صحيح المذهب، ولأن عليه القيام بالثمرة حتى يؤدي الواجب منها ثمرا، فلا يسقط ذلك عنه ببيعها ولا هبتها. ويتخرج أن تجب الزكاة على المشتري، على قول من قال: إن الزكاة إنما تجب يوم حصاده، لأن الوجوب إنما تعلق بها في ملك المشتري، فكان عليه.
ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها، ثم بدا صلاحها في يد المشتري على وجه صحيح، مثل أن يشتري نخلة مثمرة،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٣

"حصته النصاب عشرها، ولا شيء على الآخر؛ لأن الخلطة لا تؤثر في غير السائمة، في الصحيح.
ونقل عن أحمد أنها تؤثر، فيلزمهما العشر إذا بلغ الزرع جميعه خمسة أوسق، ويخرج كل واحد منهما عشر نصيبه، إلا أن يكون أحدهما ممن لا عشر عليه، كالمكاتب والذمي؛ فلا يلزم شريكه عشر إلا أن تبلغ حصته نصابا، وكذلك الحكم في المساقاة.

[فصل حكم المسلم الذي يؤاجر أرض الخراج من الذمي]

(١٨٧١) فصل: ويكره للمسلم بيع أرضه من ذمي وإجارتها منه؛ لإفضائه إلى إسقاط عشر الخارج منها.
قال محمد بن موسى: سألت أبا عبد الله، عن المسلم يؤاجر أرض الخراج من الذمي؟ قال: لا يؤاجر من الذمي، إنما عليه الجزية، وهذا ضرر. وقال في موضع آخر: لأنهم لا يؤدون الزكاة. فإن آجرها منه ذمي، أو باع أرضه التي لا خراج عليها ذميا، صح البيع والإجارة.
وهذا مذهب الثوري، والشافعي، وشريك، وأبي عبيد، وليس عليهم فيها عشر ولا خراج. قال حرب: سألت أحمد عن الذمي يشتري أرض العشر؟ قال: لا أعلم عليه شيئا، إنما الصدقة كهيئة مال الرجل، وهذا المشتري ليس عليه. وأهل المدينة يقولون في هذا قولا حسنا، يقولون: لا نترك الذمي يشتري أرض العشر. وأهل البصرة يقولون قولا عجيبا. يقولون: يضاعف عليهم.
وقد روي عن أحمد: أنهم يمنعون من شرائها. اختارها الخلال وصاحبه. وهو قول مالك، وصاحبه. فإن اشتروها ضوعف عليهم العشر، وأخذ منهم الخمس؛ لأن في إسقاط العشر من غلة هذه الأرض إضرارا بالفقراء، وتقليلا لحقهم، فإذا تعرضوا لذلك ضوعف عليهم العشر، كما لو اتجروا بأموالهم إلى غير بلدهم، ضوعفت عليهم الزكاة، فأخذ منهم نصف العشر.
وهذا قول أهل البصرة، وأبي يوسف. ويروى ذلك عن الحسن، وعبيد الله بن الحسن العنبري. وقال محمد بن الحسن: العشر بحاله. وقال أبو حنيفة: تصير أرض خراج. ولنا، أن هذه أرض لا خراج عليها، فلا يلزم فيها الخراج ببيعها، كما لو باعها مسلما، ولأنها مال مسلم يجب الحق فيه للفقراء عليه، فلم يمنع من بيعه للذمي كالسائمة، وإذا ملكها الذمي فلا عشر عليه فيما يخرج منها؛ لأنها زكاة، فلا تجب على الذمي، كزكاة السائمة، وما ذكره يبطل بالسائمة؛ فإن الذمي يصح أن يشتريها، وتسقط الزكاة منها، وما ذكروه من تضعيف العشر، تحكم لا نص فيه، ولا قياس.

[مسألة تضم الحنطة إلى الشعير وتزكي إذا كانت خمسة أوسق]

(١٨٧٢) مسألة: قال: (وتضم الحنطة إلى الشعير، وتزكى إذا كانت خمسة أوسق، وكذلك القطنيات، وكذلك الذهب والفضة) ، وعن أبي عبد الله، رواية أخرى، أنها لا تضم، وتخرج من كل صنف إن كان منصبا للزكاة.." (١)

"فقال: السلت، والذرة، والدخن، والأرز، والقمح، والشعير، صنف واحد ولعله يحتج بأن هذا كله مقتات، فيضم بعضه إلى بعض، كأنواع الحنطة. وقال الحسن، والزهري: تضم الحنطة إلى الشعير؛ لأنها تتفق في الاقتيات والمنبت والحصاد والمنافع، فوجب ضمها، كما يضم العلس إلى الحنطة، وأنواع الجنس بعضها إلى بعض.

والرواية الأولى أولى، إن شاء الله تعالى؛ لأنها أجناس يجوز التفاضل فيها، فلم يضم بعضها إلى بعض كالثمار. ولا يصح ال قياس على العلس مع الحنطة؛ لأنه نوع منها، ولا على أنواع الجنس؛ لأن الأنواع كلها جنس واحد يحرم التفاضل فيها، وثبت حكم الجنس في جميعها، بخلاف الأجناس. وإذا انقطع ال قياس، لم يجز إيجاب الزكاة بالتحكم، ولا بوصف غير معتبر، ثم هو باطل بالثمار، فإنها تتفق فيما ذكروه، ولا يضم بعضها إلى بعض، ولأن الأصل عدم الوجوب، فما لم يرد بالإيجاب نص أو إجماع أو معناهما، لا يثبت إيجابه، والله أعلم.

ولا خلاف فيما نعلمه في ضم الحنطة إلى العلس؛ لأنه نوع منها. وعلى قياسه السلت يضم إلى الشعير؛ لأنه منه. (١٨٧٣) فصل: ولا تفريع على الروايتين الأوليين؛ لوضوحهما. فأما الثالثة، وهي ضم الحنطة إلى الشعير، والقطنيات بعضها إلى بعض، فإن الذرة تضم إلى الدخن، لتقاربهما في المقصد، فإنهما يتخذان خبزا وأدما، وقد ذكرا من جملة القطنيات أيضا، فيضمان إليها. وأما البزور فلا تضم إلى القطنيات، ولكن الأبازير يضم بعضها إلى بعض؛ لتقاربها في المقصد، فأشبهت القطنيات.

وحبوب البقول لا تضم إلى القطنيات، ولا إلى البزور، فما تقارب منها ضم بعضه إلى بعض، وما لا فلا، وما شككنا فيه لا يضم؛ لأن الأصل عدم الوجوب، فلا يجب بالشك، والله أعلم (١٨٧٤) فصل: وذكر الخرقي في ضم الذهب إلى الفضة روايتين. وقد ذكرناهما فيما مضى، واختار أبو بكر، أنه لا يضم أحدهما إلى الآخر، مع اختياره الضم في الحبوب؛ لاختلاف نصابهما، واتفاق نصاب الحبوب. .." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١/٣

(٢) المغني لابن قدامة ٣٣/٣

"[فصل يباح للنساء من حلي الذهب والفضة والجواهر كل ما جرت عادتهن بلبسه]

(١٨٩٢) فصل: ويباح للنساء من حلي الذهب والفضة والجواهر كل ما جرت عادتهن بلبسه، مثل السوار والخلخال والقرط والخاتم، وما يلبسنه على وجوههن، وفي أعناقهن، وأيديهن، وأرجلهن، وآذانهن وغيره، فأما ما لم تجر عادتهن بلبسه، كالمنطقة وشبهها من حلي الرجال، فهو محرم، وعليها زكاته، كما لو اتخذ الرجل لنفسه حلي المرأة.

[مسألة ليس في حلية سيف الرجل ومنطقته وخاتمه زكاة]

(١٨٩٣) مسألة: قال: وليس في حلية سيف الرجل ومنطقته وخاتمه زكاة وجملة ذلك أن ما كان مباحا من الحلي، فلا زكاة فيه إذا كان معدا للاستعمال، سواء كان لرجل أو امرأة؛ لأنه مصروف عن جهة النماء إلى استعمال مباح، فأشبه ثياب البذلة وعوامل الماشية، ويباح للرجال من الفضة الخاتم؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - اتخذ خاتما من ورق.» متفق عليه.

وحلية السيف. بأن تجعل قبيعته فضة أو تحليتها بفضة؛ فإن أنسا قال: «كانت قبيعة سيف رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فضة.» وقال هشام بن عروة: كان سيف الزبير محلى بالفضة. رواهما الأثرم بإسناده. والمنطقة تباح تحليتها بالفضة؛ لأنها حلية معتادة للرجل، فهي كالخاتم وقد نقل كراهة ذلك؛ لما فيه من الفخر والخيلاء، فهو كالطوق، والأول أولى؛ لأن الطوق ليس بمعتاد في حق الرجل، بخلاف المنطقة. وعلى قياس المنطقة، الجوشن، والخوذة، والخف، والران، والحمائل.

وتباح الفضة في الإناء وما أشبهها؛ للحاجة، ونعني بالحاجة أنه ينتفع بها في ذلك، وإن قام غيرها مقامها. وفي صحيح البخاري عن، أنس «أن قدح النبي - صلى الله عليه وسلم - انكسر، فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة.» وقال

القاضي: يباح اليسير، وإن لم يكن لحاجة. وإنما كره أحمد الحلقة في الإناء؛ لأنها تستعمل. وأما الذهب، فيباح منه ما دعت الضرورة إليه، كالأنف في حق." (١)

"من قطع أنفه؛ لما روي «عن عبد الرحمن بن طرفة، أن جده عرفجة بن أسعد. قطع أنفه يوم الكلاب، فاتخذ أنفا من ورق فأنتن عليه، فأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - فاتخذ أنفا من ذهب.» رواه أبو داود. وقال الإمام أحمد: ربط الأسنان بالذهب إذا خشي عليها أن تسقط قد فعله الناس، فلا بأس به عند

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٥

الضرورة.

وروى الأثرم، عن موسى بن طلحة، وأبي جمرة الضبعي، وأبي رافع، وثابت استرقوا وإسماعيل بن زيد بن ثابت، والمغيرة بن عبد الله، أنهم شدوا أسنانهم بالذهب. وعن الحسن، والزهري، والنخعي، أنهم رخصوا فيه. وما عدا ذلك من الذهب، فقد روي عن أحمد، - رحمه الله -، الرخصة فيه في السيف.

قال الأثرم، قال أحمد: قد روي أنه كان في سيف عثمان بن حنيف مسمار من ذهب، قال أبو عبد الله فذاك الآن في السيف. وقال: إنه كان لعمر سيف سبائكه من ذهب. من حديث إسماعيل بن أمية، عن نافع. وروى الترمذي، بإسناده عن مزيدة العصري، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - دخل مكة وعلى سيفه ذهب وفضة» .

وروي عن أحمد رواية أخرى تدل على تحريم ذلك. قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: يخاف عليه أن يسقط يجعل فيه مسمارا من ذهب؟ قال: إنما رخص في الأسنان، وذلك إنما هو على الضرورة، فأما المسمار، فقد روي: «من تحلى بخريصيصة، كوي بها يوم القيامة» . قلت: أي شيء خريصيصة؟ قال: شيء صغير مثل الشعيرة.

وروى الأثرم أيضا، بإسناده عن شهر بن حوشب، عن عبد الرحمن بن غنم، قال: «من حلي، أو تحلى بخريصيصة، كوي بها يوم القيامة، مغفورا له أو معذبا» . وحكي عن أبي بكر من أصحابنا، أنه أباح يسير الذهب، ولعله يحتج بما رويناه من الأخبار، وب قياس الذهب على الفضة، ولأنه أحد الثلاثة المحرمة على الذكور دون الإناث، فلم يحرم يسيره كسائرها، وكل ما أبيح من الحلي، فلا زكاة فيه، إذا كان معدا للاستعمال.

[مسألة المتخذ آنية الذهب والفضة عاص وفيها الزكاة]

(١٨٩٤) مسألة: قال: (والمتخذ آنية الذهب والفضة عاص، وفيها الزكاة) وجملته، أن اتخاذ آنية الذهب والفضة حرام على النساء والرجال جميعا، وكذلك استعماله. وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يحرم اتخاذها؛ لأن النص إنما ورد في تحريم الاستعمال، فيبقى إباحة الاتخاذ على مقتضى الأصل في الإباحة.." (١)

"ولنا، أن ما حرم استعماله حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالملاهي، ويستوي في ذلك الرجال، والنساء؛ لأن المعنى المقتضي للتحريم يعمها، وهو الإفضاء إلى السرف والخيلاء، وكسر قلوب الفقراء،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٦

فيستويان في التحريم، وإنما أحل للنساء التحلي لحاجتهن إليه للتزين للأزواج، وليس هذا بموجود في الآنية، فيبقى على التحريم.

إذا ثبت هذا، فإن فيها الزكاة، بغير خلاف بين أهل العلم، ولا زكاة فيها حتى تبلغ نصابا بالوزن، أو يكون عنده ما يبلغ نصابا بضمها إليه. وإن زادت قيمته لصناعته، فلا عبرة بها؛ لأنها محرمة فلا قيمة لها في الشرع، وله أن يخرج عنها قدر ربع عشرها بقيمته غير مصوغ. وإن أحب كسرها، أخرج ربع عشرها مكسورا، وإن أخرج ربع عشرها مصوغا، جاز؛ لأن الصناعة لم تنقصها عن قيمة المكسور.

وذكر أبو الخطاب وجها في اعتبار قيمتها. والأول أصح، إن شاء الله تعالى.

[فصل كل ما كان اتخاذه محرما من الأثمان لم تسقط زكاته باتخاذه]

(١٨٩٥) فصل: وكل ما كان اتخاذه محرما من الأثمان، لم تسقط زكاته باتخاذه؛ لأن الأصل وجوب الزكاة فيها، لكونها مخلوقة للتجارة، والتوسل بها إلى غيرها، ولم يوجد ما يمنع ذلك، فبقيت على أصلها.

قال أحمد: ما كان على سرج أو لجام، ففيه الزكاة. ونص على حلية الثفر والركاب واللجام، أنه محرم. وقال، في رواية الأثرم: أكره رأس المكحلة فضة. ثم قال: وهذا شيء تأولته. وعلى قياس ما ذكره، حلية الدواة، والمقلمة، والسرج، ونحوه مما على الدابة. ولو موه سقفه بذهب أو فضة، فهو محرم، وفيه الزكاة.

وقال أصحاب الرأي: يباح؛ لأنه تابع للمباح، فيتبعه في الإباحة. ولنا، أن هذا إسراف، ويفضي فعله إلى الخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، فحرم، كاتخاذ الآنية، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن التختم بخاتم الذهب للرجل، فتمويه السقف أولى.

وإن صار التمويه الذي في السقف مستهلكا لا يجتمع منه شيء، لم تحرم استدامته؛ لأنه لا فائدة في إتلافه وإزالته، ولا زكاة فيه؛ لأن ماليته ذهبت وإن لم تذهب ماليته، ولم يكن مستهلكا، حرمت استدامته. وقد بلغنا أن عمر بن عبد العزيز لما ولي، أراد جمع ما في مسجد دمشق مما موه به من الذهب، فقيل له: إنه لا يجتمع منه شيء. فتركه. ولا يجوز تحلية المصاحف ولا المحاريب، ولا اتخاذ قناديل من الذهب والفضة؛ لأنها بمنزلة الآنية.

وإن وقفها على مسجد أو نحوه لم يصح؛ لأنه ليس ببر ولا معروف، ويكون ذلك بمنزلة الصدقة، فيكسر ويصرف في مصلحة المسجد وعمارته. وكذلك إن حبس الرجل فرسا له لجام مفضض. وقد قال أحمد: في الرجل يقف فرسا في سبيل الله، ومعه لجام مفضض: فهو على ما وقفه، وإن بيعت الفضة من السرج

واللجام وجعلت في وقف مثله فهو أحب إلي؛ لأن الفضة لا ينتفع بها، ولعله يشتري بذلك سرجا ولجاما، فيكون أنفع للمسلمين. قيل: فتباع الفضة،." (١)

"النصاب في الجنس بانفراده؛ لأنه أجناس، فلا يكمل نصاب أحدهما بالآخر، كغير المعدن. والصواب، إن شاء الله، أنه إن كان المعدن يشتمل على ذهب وفضة ففي ضم أحدهما إلى الآخر وجهان؛ بناء على الروايتين في ضم أحدهما إلى الآخر في غير المعدن، وإن كان فيه أجناس من غير الذهب والفضة، ضم بعضها إلى بعض، لأن الواجب في قيمتها، والقيمة واحدة، فأشبهت عروض التجارة.

وإن كان فيها أحد النقدين، وجنس آخر، ضم أحدهما إلى الآخر، كما تضم العروض إلى الأثمان. وإن استخرج نصابا من معدنين، وجبت الزكاة فيه؛ لأنه مال رجل واحد، فأشبه الزرع في مكانين.

[الفصل الرابع في وقت الوجوب لإخراج زكاة المعادن]

(١٩١٠) الفصل الرابع، في وقت الوجوب، وتجب الزكاة فيه حين يتناوله ويكمل نصابه، ولا يعتبر له حول. وهذا قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وقال إسحاق، وابن المنذر: لا شيء في المعدن حتى يحول عليه الحول؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» . ولنا، أنه مال مستفاد من الأرض، فلا يعتبر في وجوب حقه حول، كالزرع والثمار والركاز، ولأن الحول إنما يعتبر في غير هذا لتكميل النماء، وهو يتكامل نماؤه دفعة واحدة، فلا يعتبر له حول كالزروع، والخبر مخصوص بالزرع والثمر، فيخص محل النزاع بال قياس عليه. إذا ثبت هذا فلا يجوز إخراج زكاته إلا بعد سبكه، وتصفيته، كعشر الحب، فإن أخرج ربع عشر ترابه قبل تصفيته، وجب رده إن كان باقيا، أو قيمته إن كان تالفا.

والقول في قدر المقبوض قول الآخذ؛ لأنه غارم، فإن صفاه الآخذ، فكان قدر الزكاة، أجزأ، وإن زاد رد الزيادة، إلا أن يسمح له المخرج. وإن نقص فعلى المخرج. وما أنفقه الآخذ على تصفيته، فهو من ماله، لا يرجع به على المالك ولا يحتسب المالك ما أنفقه على المعدن في استخراجه من المعدن، ولا في تصفيته. وقال أبو حنيفة: لا تلزمه المؤنة من حقه. وشبهه بالغنيمة، وبناه على أصله في أن هذا ركاز فيه الخمس. وقد مضى الكلام في ذلك. وقد ذكرنا أن الواجب في هذا زكاة، فلا يحتسب بمؤنة استخراجه فتصفيته كالحب، وإن كان ذلك دينا عليه احتسب به، كما يحتسب بما أنفق على الزرع.

---

(١) المغني ل ا بن قدامة ٤٧/٣

[فصل لا زكاة في المستخرج من البحر كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ونحوه]

(١٩١١) فصل: ولا زكاة في المستخرج من البحر، كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ونحوه، في ظاهر قول الخرقي، واختيار أبي بكر. وروي نحو ذلك عن ابن عباس. وبه قال عمر بن عبد العزيز، وعطاء، ومالك، والثوري، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، والشافعي، وأبو حنيفة، ومحمد، وأبو ثور، وأبو عبيد.

وعن أحمد، رواية أخرى، أن فيه الزكاة؛ لأنه خارج من معدن، فأشبه الخارج من معدن البر. ويحكى عن عمر بن عبد العزيز، أنه أخذ من العنبر الخمس. وهو قول الحسن، والزهري. وزاد الزهري في اللؤلؤ يخرج من البحر.." [١]

"ولنا، أن ابن عباس. قال: ليس في العنبر شيء، إنما هو شيء ألقاه البحر. وعن جابر نحوه. رواهما أبو عبيد.

ولأنه قد كان يخرج على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وخلفائه، فلم يأت فيه سنة عنه، ولا عن أحد من خلفائه من وجه يصح، ولأن الأصل عدم الوجوب فيه، ولا يصح قياسه على معدن البر؛ لأن العنبر إنما يلقيه البحر، فيوجد ملقى في البر على الأرض من غير تعب، فأشبه المباحات المأخوذة من البر، كالمن والزنجبيل، وغيرهما.

وأما السمك فلا شيء فيه بحال، في قول أهل العلم كافة، إلا شيء يروى عن عمر بن عبد العزيز. رواه أبو عبيد عنه. وقال: ليس الناس على هذا، ولا نعلم أحدا يعمل به. وقد روي ذلك عن أحمد أيضا. والصحيح أن هذا لا شيء فيه؛ لأنه صيد، فلم يجب فيه زكاة كصيد البر، ولأنه لا نص ولا إجماع على الوجوب فيه، ولا يصح قياسه على ما فيه الزكاة، فلا وجه لإيجابها فيه.

[فصل المعادن الجامدة تملك بملك الأرض التي هي فيها]

(١٩١٢) فصل: والمعادن الجامدة تملك بملك الأرض التي هي فيها؛ لأنها جزء من أجزاء الأرض، فهي كالتراب والأحجار الثابتة، بخلاف الركاز، فإنه ليس من أجزاء الأرض، وإنما هو مودع فيها. وقد روى أبو عبيد، بإسناده عن عكرمة مولى بلال بن الحارث المزني، قال: «أقطع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بلالا أرض كذا، من مكان كذا إلى كذا، وما كان فيها من جبل أو معدن. قال: فباع بنو بلال من عمر

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٥

بن عبد العزيز أرضا، فخرج فيها معدنان، فقالوا: إنما بعناك أرض حرث، ولم نبعك المعدن. وجاءوا بكتاب القطيعة التي قطعها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لأبيهم في جريدة، قال: فجعل عمر يمسحها على عينيه، وقال لقيمه: انظر ما استخرجت منها، وما أنفقت عليها، فقاصهم بالنفقة، ورد عليهم الفضل.» فعلى هذا ما يجده في ملك أو في موات فهو أحق به، فإن سبق اثنان إلى معدن في موات، فالسابق أولى به ما دام يعمل، فإذا تركه جاز لغيره العمل فيه. وما يجده في مملوك يعرف مالكه، فهو لمالك المكان.

فأما المعادن الجارية، فهي مباحة على كل حال. إلا أنه يكره له دخول ملك غيره إلا بإذنه. وقد روي أنها: تملك بملك الأرض التي هي فيها؛ لأنها من نمائها وتوابعها، فكانت لمالك الأرض، كفروع الشجر المملوك وثمرته.

[فصل بيع تراب المعدن والصاغة]

(١٩١٣) فصل: ويجوز بيع تراب المعدن والصاغة بغير جنسه، ولا يجوز بجنسه إن كان مما يجري فيه الربا؛ لأنه يؤدي إلى الربا. والزكاة على البائع؛ لأنها وجبت في يده، كما لو باع الثمرة بعد بدو صلاحها. وقد روى." [١]

"الخرقي وجوب الزكاة فيه، ولا فرق بين ما قبل الدخول أو بعده؛ لأنه دين في الذمة، فهو كثمن مبيعها، فإن سقط نصفه بطلاقها قبل الدخول، وأخذت النصف، فعليها زكاة ما قبضته، دون ما لم تقبضه؛ لأنه دين لم تتعوض عنه، ولم تقبضه، فأشبه ما تعذر قبضه لفلس أو جحد.

وكذلك لو سقط كل الصداق قبل قبضه، لانفساخ النكاح بأمر من جهتها، فليس عليها زكاته لما ذكرنا وكذلك القول في كل دين يسقط قبل قبضه من غير إسقاط صاحبه، أو يئس صاحبه من استيفائه والمال الضال إذا يئس منه، فلا زكاة على صاحبه؛ فإن الزكاة مواساة، فلا تلزم المواساة إلا مما حصل له. وإن كان الصداق نصابا، فحال عليه الحول ثم سقط نصفه، وقبضت النصف، فعليها زكاة النصف المقبوض؛ لأن الزكاة وجبت فيه، ثم سقطت من نصفه لمعنى اختص به، فاختص السقوط به.

وإن مضى عليه حول قبل قبضه، ثم قبضته كله، زكته لذلك الحول. وإن مضت عليه أحوال قبل قبضه، ثم قبضته، زكته لما مضى كله، ما لم ينقص عن النصاب. وقال أبو حنيفة: لا تجب عليها الزكاة ما لم تقبضه؛ لأنه بدل عما ليس بمال، فلا تجب الزكاة فيه قبل قبضه، كدين الكتابة. ولنا، أنه دين يستحق قبضه، ويجبر

(١) المغني لابن قدامة ٥٦/٣

المدين على أدائه فوجبت فيه الزكاة كثمن المبيع. ويفارق دين الكتابة فإنه لا يستحق قبضه، وللمكاتب الامتناع من أدائه، ولا يصح قياسهم عليه، فإنه عوض عن مال.

[فصل قبضت صداقها قبل الدخول ومضى عليه حول فزكته ثم طلقها الزوج قبل الدخول]

(١٩٤٩) فصل فإن قبضت صداقها قبل الدخول، ومضى عليه حول، فزكته، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، رجع فيها بنصفه، وكانت الزكاة من النصف الباقي لها. وقال الشافعي في أحد أقواله: يرجع الزوج بنصف الموجود ونصف قيمة المخرج؛ لأنه لو تلف الكل رجع عليها بنصف قيمته، فكذلك إذا تلف البعض. ولنا، قول الله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] .

ولأنه يمكنه الرجوع في العين، فلم يكن له الرجوع إلى القيمة، كما لو لم يتلف منه شيء. ويخرج على هذا ما لو تلف كله فإنه ما أمكنه الرجوع في العين. وإن طلقها بعد الحول وقبل الإخراج، لم يكن له الإخراج من النصاب؛ لأن حق الزوج تعلق به على وجه الشركة، والزكاة لم تتعلق به على وجه الشركة، لكن تخرج الزكاة من غيره، أو يقسمانه، ثم تخرج الزكاة من حصتها. فإن طلقها قبل الحول ملك النصف مشاعا، وكان حكم ذلك كما لو باع نصفه قبل الحول مشاعا، وقد بينا حكمه.." [1]

"ذكرت لأحمد حديث ثعلبة بن أبي صعير، في صدقة الفطر نصف صاع من بر. فقال: ليس بصحيح، إنما هو مرسل، يرويه معمر بن جريج، عن الزهري مرسلا. قلت من قبل من هذا؟ قال من قبل النعمان بن راشد، ليس هو بقوي في الحديث. وضعف حديث ابن أبي صعير وسألته عن ابن أبي صعير، أمعروف هو؟ قال: من يعرف ابن أبي صعير ليس هو بمعروف وذكر أحمد، وعلي بن المديني، ابن أبي صعير فضعفاه جميعا. وقال ابن عبد البر: ليس دون الزهري من يقوم به حجة ورواه أبو إسحاق الجوزجاني: حدثنا سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد، عن النعمان، عن الزهري، عن ثعلبة، عن أبيه قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «أدوا صدقة الفطر صاعا من قمح أو قال بر، عن كل إنسان صغير أو كبير.»

وهذا حجة لنا، وإسناده حسن.

قال الجوزجاني: والنصف صاع، ذكره عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وروايته ليس تثبت، ولأن فيما ذكرناه احتياطا للفرض، ومعاضدة للقياس

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٧٦

[فصل الصاع خمسة أرطال وثلث بالعراقي]

(١٩٥٦) فصل وقد دللنا على أن الصاع خمسة أرطال وثلث بالعراقي فيما مضى والأصل فيه الكيل، وإنما قدره العلماء بالوزن ليحفظ وينقل. وقد روى جماعة عن أحمد، أنه قال: الصاع وزنته فوجدته خمسة أرطال وثلثا حنطة. وقال حنبل.

قال أحمد: أخذت الصاع من أبي النضر. وقال أبو النضر: أخذته عن ابن أبي ذؤيب وقال: هذا صاع النبي - صلى الله عليه وسلم - الذي يعرف بالمدينة. قال أبو عبد الله: فأخذنا العدس، فعيرنا به، وهو أصلح ما وقفنا عليه يكال به؛ لأنه لا يتجافى عن موضعه، فكلنا به، ثم وزناه، فإذا هو خمسة أرطال وثلث.

وقال هذا أصلح ما وقفنا عليه، وما تبين لنا من صاع النبي - صلى الله عليه وسلم -. وإذا كان الصاع خمسة أرطال وثلثا من البر والعدس، وهما من أثقل الحبوب، فما عداهما من أجناس الفطرة أخف منهما، فإذا أخرج منهما خمسة أرطال وثلثا، فهي أكثر من صاع.

وقال محمد بن الحسن: إن أخرج خمسة أرطال وثلثا برا، لم يجزه. لأن البر يختلف، فيكون فيه الثقيل والخفيف. وقال الطحاوي: يخرج خمسة أرطال مما سواء كيله ووزنه، وهو الزبيب والماش. ومقتضى كلامه أنه إذا أخرج ثمانية أرطال مما هو أثقل منها لم يجزئه، حتى يزيد شيئا، يعلم أنه قد بلغ صاعا.

والأولى لمن أخرج من الثقيل بالوزن أن يحتاط، فيزيد شيئا يعلم به أنه لمن أخرج صاعا بالرطل الدمشقي، الذي هو ستمائة درهم مد وسبع، والسبع أوقية وخمسة أسباع أوقية، وقدر ذلك بالدراهم ستمائة درهم ويجزئ إخراج رطل بالدمشقي من جميع الأجناس؛ لأنه أكبر من الصاع، وقد." (١)

"(١٩٧٣) فصل: فأما عبيد عبيده؛ فإن قلنا إن العبد لا يملكهم بالتمليك، فالفطرة على السيد، لأنهم ملكه. وهذا ظاهر كلام الخرقي. وقول أبي الزناد، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي وإن قلنا يملك بالتمليك، فقد قيل: لا تجب فطرتهم على أحد؛ لأن السيد لا يملكهم، وملك العبد ناقص. والصحيح وجوب فطرتهم؛ لأن فطرتهم تتبع النفقة، ونفقتهم واجبة فكذلك فطرتهم ولا يعتبر في وجوبها كمال الملك، بدليل وجوبها على المكاتب عن نفسه وعبيده، مع نقص ملكه.

[فصل زوجة العبد فطرتها على نفسها]

(١٩٧٤) فصل: وأما زوجة العبد فذكر أصحابنا المتأخرون أن فطرتها على نفسها إن كانت حرة، وعلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٨٢

سيدها إن كانت أمة. و قياس المذهب عندي وجوب فطرتها على سيد العبد؛ لوجوب نفقتها عليه، ألا ترى أنه تجب عليه فطرة خادم امرأته، مع أنه لا يملكها؛ لوجوب نفقتها، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أدوا صدقة الفطر عمن تمونون» . وهذه ممن يمونون. وقد ذكر أصحابنا أنه لو تبرع بمؤنة شخص، لزمته فطرته، فمن تجب عليه أولى. وهكذا لو زوج الابن أباه، وكان ممن تجب عليه نفقته ونفقة امرأته، فعليه فطرتهما، والله أعلم

[فصل في وجوب الفطرة عليه من تبرع بمؤنة إنسان في شهر رمضان]

(١٩٧٥) فصل: وإن تبرع بمؤنة إنسان في شهر رمضان، فأكثر أصحابنا يختارون وجوب الفطرة عليه. وقد نص عليه. أحمد، في رواية أبي داود، في من ضم إلى نفسه يتيمة يؤدي عنها؛ وذلك لقوله عليه السلام: «أدوا صدقة الفطر عمن تمونون» . وهذا ممن يمونون، ولأنه شخص ينفق عليه، فلزمته فطرته كعبده واختار أبو الخطاب لا تلزمه فطرته؛ لأنه لا تلزمه مؤنته، فلم تلزمه فطرته، كما لو لم يمنه. وهذا قول أكثر أهل العلم، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى.

وكلام أحمد في هذا محمول على الاستحباب، لا على الإيجاب، والحديث محمول على من تلزمه مؤنته، لا على حقيقة المؤنة، بدليل أنه تلزمه فطرة الآبق ولم يمنه، ولو ملك عبدا عند غروب الشمس، أو تزوج، أو ولد له ولد، لزمته فطرتهم؛ لوجوب مؤنتهم عليه، وإن لم يمنهم، ولو باع عبده أو طلق امرأته، أو ماتا، أو مات ولده، لم تلزمه فطرتهم، وإن مانهم؛ ولأن قوله: (ممن تمونون) فعل مضارع، فيقتضي الحال أو الاستقبال دون الماضي، ومن مانه في رمضان إنما وجدت مؤنته في الماضي، فلا يدخل في الخبر، ولو دخل فيه لاقتضى وجوب الفطرة على من مانه ليلة واحدة، وليس في الخبر ما يقيده بالشهر ولا بغيره، فالتقييد بمؤنة الشهر تحكم. فعلى هذا القول تكون فطرة هذا." (١)

"المختلف فيه على نفسه، كما لو لم يمنه. وعلى قول أصحابنا المعتبر الإنفاق في جميع الشهر.

وقال ابن عقيل: قياس مذهبنا أنه إذا مانه آخر ليلة، وجبت فطرته، قياسا على من ملك عبدا عند غروب الشمس. وإذا مانه جماعة في الشهر كله، أو مانه إنسان بعض الشهر، فعلى قياس قول ابن عقيل هذا تكون فطرته على من مانه آخر ليلة، وعلى قول غيره يحتمل أن لا تجب فطرته على أحد ممن مانه؛ لأن سبب الوجوب المؤنة في جميع الشهر ولم يوجد. ويحتمل أن تجب على الجميع فطرة واحدة

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩٣

بالحصص؛ لأنهم اشتركوا في سبب الوجوب، فأشبه ما لو اشتركوا في ملك عبد.

[مسألة صدقة الفطر واجبة على من قدر عليها ولا يعتبر في وجوبها نصاب]

(١٩٧٦) مسألة: قال إذا كان عنده فضل عن قوت يومه وليلته وجملة ذلك أن صدقة الفطر واجبة على من قدر عليها، ولا يعتبر في وجوبها نصاب. وبهذا قال أبو هريرة وأبو العالية، والشعبي، وعطاء، وابن سيرين، والزهري، ومالك، وابن المبارك، والشافعي، وأبو ثور.

وقال أصحاب الرأي: لا تجب إلا على من يملك مائتي درهم، أو ما قيمته نصاب فاضل عن مسكنه؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى» والفقير لا غنى له فلا تجب عليه، ولأنه تحل له الصدقة، فلا تجب عليه، كمن لا يقدر عليها. ولنا ما روى ثعلبة بن أبي صعير عن أبيه، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «أدوا صدقة الفطر صاعا من قمح أو قال: بر عن كل إنسان، صغير أو كبير، حر أو مملوك، غني أو فقير، ذكر أو أنثى أما غنيكم فيزكيه الله، وأما فقيركم فيرد الله عليه أكثر مما أعطى» .

وفي رواية أبي داود: «صاع من بر أو قمح عن كل اثنين» . ولأنه حق مال لا يزيد بزيادة المال، فلا يعتبر وجوب النصاب فيه. كالكفارة، ولا يمتنع أن يؤخذ منه ويعطى لمن وجب عليه العشر، والذي قاسوا عليه عاجز، فلا يصح القياس عليه، وحديثهم محمول على زكاة المال

[فصل لم يفضل إلا صاع ليلة العيد]

(١٩٧٧) فصل: وإذا لم يفضل إلا صاع أخرجه عن نفسه؛ لقوله – عليه السلام –: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» ولأن الفطرة تنبني على النفقة، فكما يبدأ بنفسه في النفقة فكذلك في الفطرة. فإن فضل آخر أخرجه عن امرأته؛ لأن نفقتها آكد، فإن نفقتها تجب على سبيل المعاوضة مع اليسار والإعسار ونفقة الأقارب صلة تجب مع اليسار دون الإعسار. فإن فضل آخر أخرجه عن رقيقه؛ لوجوب نفقتهم في الإعسار.

وقال ابن عقيل: يحتمل تقديم الرقيق على الزوجة؛ لأن فطرته متفق عليها، وفطرتها مختلف فيها. فإن فضل آخر أخرجه عن ولده الصغير، لأن نفقته منصوص عليها ومجمع عليها.

وفي الوالد والولد الكبير وجهان؛." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩٤

"من غير تفصيل، ولأنه نوى من الليل، فصح صومه، كما لو نوى في النصف الأخير ولم يفعل ما ينافي الصوم، ولأن تخصيص النية بالنصف الأخير يفضي إلى تفويت الصوم؛ لأنه وقت النوم، وكثير من الناس لا ينتبه فيه، ولا يذكر الصوم، والشارع إنما رخص في تقديم النية على ابتدائه، لحرج اعتبارها عنده، فلا يخصها بمحل لا تندفع المشقة بتخصيصها به، ولأن تخصيصها بالنصف الأخير تحكم من غير دليل، ولا يصح اعتبار الصوم بالأذان والدفع من مزدلفة؛ لأنهما يجوزان بعد الفجر، فلا يفضي منعهما في النصف الأول إلى فواتهما، بخلاف نية الصوم، ولأن اختصاصهما بالنصف الأخير بمعنى تجويزهما فيه، واشتراط النية بمعنى الإيجاب والتحتم، وفوات الصوم بفواتها فيه، وهذا فيه مشقة ومضرة، بخلاف التجويز، ولأن منعهما في النصف الأول لا يفضي إلى اختصاصهما بالنصف الأخير، لجوازهما بعد الفجر، والنية بخلافه، فأما إن فسخ النية، مثل إن نوى الفطر بعد نية الصيام، لم تجزئه تلك النية المفسوخة، لأنها زالت حكما وحقيقة.

[فصل نوى من النهار صوم الغد]

(٢٠٠٥) فصل: وإن نوى من النهار صوم الغد، لم تجزئه تلك النية، إلا أن يستصحبها إلى جزء من الليل. وقد روى ابن منصور، عن أحمد، من نوى الصوم عن قضاء رمضان بالنهار، ولم ينو من الليل، فلا بأس، إلا أن يكون فسخ النية بعد ذلك. فظاهر هذا حصول الإجزاء بنيته من النهار، إلا أن القاضي قال: هذا محمول على أنه استصحب النية إلى جزء من الليل. وهذا صحيح؛ لظاهر قوله - عليه السلام -: " لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ". ولأنه لم ينو عند ابتداء العبادة، ولا قريبا منها، فلم يصح، كما لو نوى من الليل صوم بعد غد.

[فصل تعتبر النية لكل يوم من رمضان]

(٢٠٠٦) فصل: وتعتبر النية لكل يوم. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر. وعن أحمد أنه تجزئه نية واحدة لجميع الشهر، إذا نوى صوم جميعه. وهذا مذهب مالك، وإسحاق؛ لأنه نوى في زمن يصلح جنسه لنية الصوم، فجاز، كما لو نوى كل يوم في ليلته. ولنا. أنه صوم واجب، فوجب أن ينوي كل يوم من ليلته، كالقضاء. ولأن هذه الأيام عبادات لا يفسد بعضها بفساد بعض، ويتخللها ما ينافيها، فأشبهت

القضاء، وبهذا فارقت اليوم الأول. وعلى قياس رمضان إذا نذر صوم شهر بعينه، فيخرج فيه مثل ما ذكرناه في رمضان. .." (١)

"لأن مدته لا تتطاول غالبا، ولا تثبت الولاية على صاحبه، فلم يزل به التكليف وقضاء العبادات، كالنوم، ومتى أفاق المغمى عليه في جزء من النهار، صح صومه، سواء كان في أوله أو آخره. وقال الشافعي، في أحد قوليه: تعتبر الإفاقة في أول النهار، ليحصل حكم النية في أوله. ولنا أن الإفاقة حصلت في جزء من النهار، فأجزأ، كما لو وجدت في أوله، وما ذكروه لا يصح؛ فإن النية قد حصلت من الليل، فيستغني عن ذكرها في النهار، كما لو نام أو غفل عن الصوم، ولو كانت النية إنما تحصل بالإفاقة في النهار، لما صح منه صوم الفرض بالإفاقة، لأنه لا يجزئ بنية من النهار.

الثاني، النوم، فلا يؤثر في الصوم، سواء وجد في جميع النهار أو بعضه. الثالث، الجنون، فحكمه حكم الإغماء، إلا أنه إذا وجد في جميع النهار، لم يجب قضاؤه. وقال أبو حنيفة: متى أفاق المجنون في جزء من رمضان، لزمه قضاء ما مضى منه؛ لأنه أدرك جزءا من رمضان وهو عاقل، فلزمه صيامه، كما لو أفاق في جزء من اليوم. وقال الشافعي: إذا وجد الجنون في جزء من النهار أفسد الصوم؛ لأنه معنى يمنع وجوب الصوم، فأفسده وجوده في بعضه، كالحيض.

ولنا أنه معنى يمنع الوجوب إذا وجد في جميع الشهر، فمنعه إذا وجد في جميع النهار، كالصبا والكفر، وأما إن أفاق في بعض اليوم فلنا منع في وجوبه، وإن سلمناه فإنه قد أدرك بعض وقت العبادة، فلزمه، كالصبي إذا بلغ، والكافر إذا أسلم في بعض النهار، وكما لو أدرك بعض وقت الصلاة. ولنا على الشافعي أنه زوال عقل في بعض النهار، فلم يمنع صحة الصوم، كالإغماء والنوم، ويفارق الحيض؛ فإن الحيض لا يمنع الوجوب، وإنما يجوز تأخير الصوم، ويحرم فعله، ويوجب الغسل، ويحرم الصلاة والقراءة واللبث في المسجد والوطء، فلا يصح قياس الجنون عليه.

[مسألة للمسافر أن يفطر في رمضان وغيره]

(٢٠١٤) مسألة: قال: (وإذا سافر ما يقصر فيه الصلاة، فلا يفطر حتى يترك البيوت وراء ظهره) وجملته أن للمسافر أن يفطر في رمضان وغيره، بدلالة الكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] ، وأما السنة فقول النبي – صلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١١١

الله عليه وسلم -: «إن الله وضع عن المسافر الصوم» . رواه النسائي، والترمذي، وقال: حديث حسن. في أخبار كثيرة سواه. وأجمع المسلمون على إباحة الفطر للمسافر في الجملة، وإنما يباح الفطر في السفر الطويل، الذي يبيح القصر، وقد ذكرنا قدره في الصلاة. ثم لا يخلو المسافر من ثلاثة أحوال: أحدها، أن يدخل عليه شهر رمضان في السفر، فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في إباحة الفطر له.." (١)

"الثاني، أن يقترن به إنزال المني، فيفسد الصوم في قول إمامنا، وعطاء، والحسن البصري، ومالك، والحسن بن صالح. وقال جابر بن زيد، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر: لا يفسد؛ لأنه إنزال عن غير مباشرة، أشبه الإنزال بالفكر.

ولنا أنه إنزال بفعل يتلذذ به، ويمكن التحرز منه، فأفسد الصوم، كالإنزال باللمس، والفكر لا يمكن التحرز منه، بخلاف تكرار النظر. الثالث: مذي بتكرار النظر. فظاهر كلام أحمد، أنه لا يفطر به؛ لأنه لا نص في الفطر، ولا يمكن قياسه على إنزال المني، لمخالفته إياه في الأحكام، فيبقى على الأصل. فأما إن نظر فصرف بصره، لم يفسد صومه، سواء أنزل أو لم ينزل. وقال مالك: إن أنزل فسد صومه؛ لأنه أنزل بالنظر، أشبه ما لو كرره. ولنا أن النظرة الأولى لا يمكن التحرز منها، فلا يفسد الصوم ما أفضت إليه، كالفكرة، وعليه يخرج التكرار، فإذا ثبت هذا، فإن تكرار النظر مكروه لمن يحرك شهوته، غير مكروه لمن لا يحرك شهوته، كالقبلة.

ويحتمل أن لا يكره بحال؛ لأن إفضاءه إلى الإنزال المفطر بعيد جدا، بخلاف القبلة، فإن حصول المذي بها ليس ببعيد.

[فصل إن فكر فأنزل لم يفسد صومه]

(٢٠٣٥) فصل: فإن فكر فأنزل، لم يفسد صومه. وحكي عن أبي حفص البرمكي، أنه يفسد. واختاره ابن عقيل؛ لأن الفكرة تستحضر، فتدخل تحت الاختيار، بدليل تأثيم صاحبها في مساكنتها، في بدعة وكفر، ومدح الله سبحانه الذين يتفكرون في خلق السموات والأرض ونهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن التفكر في ذات الله، وأمر بالتفكر في آلائه، ولو كانت غير مقدور عليها لم يتعلق ذلك بها، كالاحتلام. فأما إن خطر بقلبه صورة الفعل، فأنزل، لم يفسد صومه؛ لأن الخاطر لا يمكن دفعه.

ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما حدثت به أنفسها، ما لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١١٦

تعمل أو تتكلم» . ولأنه لا نص في الفطر به ولا إجماع، ولا يمكن قياسه على المباشرة، ولا تكرار النظر، لأنه دونهما في استدعاء الشهوة، وإفضائه إلى الإنزال، ويخالفهما في التحريم إذا تعلق ذلك بأجنبية، أو الكراهة إن كان في زوجة، فيبقى على الأصل.." (١)

"[فصل المفسد للصوم]

(٢٠٣٦) الفصل السادس: أن المفسد للصوم من هذا كله ما كان عن عمد وقصد، فأما ما حصل منه عن غير قصد، كالغبار الذي يدخل حلقه من الطريق، ونخل الدقيق، والذبابة التي تدخل حلقه، أو يرش عليه الماء فيدخل مسامعه، أو أنفه أو حلقه، أو يلقى في ماء فيصل إلى جوفه، أو يسبق إلى حلقه من ماء المضمضة، أو يصب في حلقه أو أنفه شيء كرها، أو تداوى مأمومته أو جائفته بغير اختياره، أو يحجم كرها، أو تقبله امرأة بغير اختياره فينزل، أو ما أشبه هذا، فلا يفسد صومه، لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه لا فعل له فلا يفطر، كالاحتلام.

وأما إن أكره على شيء من ذلك بالوعيد، ففعله، فقال ابن عقيل: قال أصحابنا: لا يفطر به أيضا؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه.» قال: ويحتمل عندي أن يفطر؛ لأنه فعل المفطر لدفع الضرر عن نفسه، فأشبه المريض يفطر لدفع المرض، ومن يشرب لدفع العطش، ويفارق الملجأ؛ لأنه خرج بذلك عن حيز الفعل، ولذلك لا يضاف إليه، ولذلك افترقا فيما لو أكره على قتل آدمي، وألقي عليه.

[فصل متى أفطر بشيء من مفطرات الصيام فعليه القضاء]

(٢٠٣٧) الفصل السابع: أنه متى أفطر بشيء من ذلك فعليه القضاء، لا نعلم في ذلك خلافا؛ لأن الصوم كان ثابتا في الذمة، فلا تبرأ منه إلا بأدائه، ولم يؤده، فبقي على ما كان عليه؛ ولا كفارة في شيء مما ذكرناه، في ظاهر المذهب. وهو قول سعيد بن جبير، والنخعي، وابن سيرين، وحماد، والشافعي. وعن أحمد أن الكفارة تجب على من أنزل بلمس أو قبلة أو تكرار نظر؛ لأنه إنزال عن مباشرة، أشبه الإنزال بالجماع. وعنه في المحتجم، إن كان عالما بالنهي، فعليه الكفارة. وقال عطاء في المحتجم: عليه الكفارة. وقال مالك: تجب الكفارة بكل ما كان هتكا للصوم، إلا الردة؛ لأنه إفطار في رمضان أشبه الجماع.

وحكي عن عطاء، والحسن، والزهري، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، أن الفطر بالأكل والشرب يوجب ما

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/٣

يوجبه الجماع. وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه اعتبر ما يتغذى به أو يتداوى به، فلو ابتلع حصاة أو نواة أو فستقة بقشرها، فلا كفارة عليه. واحتجوا بأنه أفطر بأعلى ما في الباب من جنسه، فوجبت عليه الكفارة كالمجامع. ولنا أنه أفطر بغير جماع، فلم توجب الكفارة، كبلع الحصاة أو التراب، أو كالردة عند مالك، ولأنه لا نص في إيجاب الكفارة بهذا ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الجماع، لأن الحاجة إلى الزجر عنه أمس، والحكم في التعدي به آكد، ولهذا يجب به الحد إذا كان محرما، ويختص بإفساد الحج دون سائر محظوراته، ووجوب البدنة، ولأنه في الغالب يفسد صوم اثنين، بخلاف غيره.

[فصل الواجب في قضاء رمضان عن كل يوم يوم]

(٢٠٣٨) فصل: والواجب في القضاء عن كل يوم يوم، في قول عامة الفقهاء. وقال أحمد: قال إبراهيم، ووكيع:." (١)

"لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن من ارتد عن الإسلام في أثناء الصوم، أنه يفسد صومه، وعليه قضاء ذلك اليوم، إذا عاد إلى الإسلام. سواء أسلم في أثناء اليوم، أو بعد انقضائه، وسواء كانت ردته باعتقاده ما يكفر به، أو شكه فيما يكفر بالشك فيه، أو بالنطق بكلمة الكفر، مستهزئا أو غير مستهزئ، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون﴾ [التوبة: ٦٥] ﴿لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم﴾ [التوبة: ٦٦] . وذلك لأن الصوم عبادة من شرطها النية، فأبطلتها الردة، كالصلاة والحج، ولأنه عبادة محضة، فنافاها الكفر، كالصلاة.

[مسألة من نوى الإفطار]

(٢٠٤٤) مسألة: قال: (ومن نوى الإفطار فقد أفطر) هذا الظاهر من المذهب. وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي، إلا أن أصحاب الرأي قالوا: إن عاد فنوى قبل أن ينتصف النهار أجزأه. بناء على أصلهم أن الصوم يجزئ بنية من النهار.

وحكي عن ابن حامد أن الصوم لا يفسد بذلك؛ لأنها عبادة يلزم المضي في فاسدها، فلم تفسد بنية الخروج منها، كالحج. ولنا أنها عبادة من شرطها النية، ففسدت بنية الخروج منها، كالصلاة، ولأن الأصل اعتبار النية في جميع أجزاء العبادة، ولكن لما شق اعتبار حقيقتها اعتبر بقاء حكمها، وهو أن لا ينوي قطعها فإذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٣٠

نواه زالت حقيقة وحكما، ففسد الصوم لزوال شرطه. وما ذكره ابن حامد لا يطرد في غير رمضان، ولا يصح ال قياس على الحج، فإنه يصح بالنية المطلقة والمبهمة، وبالنية عن غيره إذا لم يكن حج عن نفسه، فافترقا.

[فصل صوم النافلة]

فصل: فأما صوم النافلة، فإن نوى الفطر، ثم لم ينو الصوم بعد ذلك، لم يصح صومه؛ لأن النية انقطعت، ولم توجد نية غيرها فأشبه من لم ينو أصلا. وإن عاد فنوى الصوم، صح صومه، كما لو أصبح غير ناو للصوم؛ لأن نية الفطر إنما أبطلت الفرض لما فيه من قطع النية المشترطة في جميع النهار حكما وخلو بعض أجزاء النهار عنها، والنفل مخالف للفرض في ذلك، فلم تمنع صحته نية الفطر في زمن لا يشترط وجود نية الصوم فيه، ولأن نية الفطر لا تزيد على عدم النية في ذلك الوقت، وعدمها لا يمنع صحة الصوم إذا نوى بعد ذلك، فكذلك إذا نوى الفطر، ثم نوى الصوم بعده، بخلاف الواجب، فإنه لا يصح بنية من النهار.

وقد روي عن أحمد، أنه قال: إذا أصبح صائما، ثم عزم على الفطر، فلم يفطر حتى بدا له، ثم قال:." (١)

"ولنا: ما روى الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال: بينا نحن جلوس عند النبي - صلى الله عليه وسلم - «إذ جاءه رجل فقال: يا رسول الله، هلكت. قال ما لك؟ قال: وقعت على امرأتي وأنا صائم. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - هل تجد رقبة تعتقها؟ قال: لا، قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا، قال: فهل تجد إطعام ستين مسكينا؟ قال: لا، قال: فمكث النبي - صلى الله عليه وسلم - فبينا نحن على ذلك أتي النبي - صلى الله عليه وسلم - بعرق فيه تمر. والعرق: المكتل، فقال: أين السائل؟ فقال: أنا، قال: خذ هذا، فتصدق به فقال الرجل: على أفقر مني يا رسول الله؟ فوالله ما بين لابتيها أهل بيت أفقر من أهل بيتي. فضحك النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى بدت أنيابه، ثم قال: أطعمه أهلك» . متفق عليه. ولا يجوز اعتبار الأداء في ذلك بالقضاء؛ لأن الأداء يتعلق بزمن مخصوص يتعين به، والقضاء محله الذمة، والصلاة لا يدخل في جبرانها المال، بخلاف مسألتنا.

(٢٠٥٠) المسألة الثالثة، أن الجماع دون الفرج، إذا اقترن به الإنزال، فيه عن أحمد روايتان؛ إحداهما، عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٣٣

الكفارة، وهذا قول مالك، وعطاء والحسن، وابن المبارك وإسحاق؛ لأنه فطر بجماع، فأوجب الكفارة كالجماع في الفرج، والثانية: لا كفارة فيه.

وهو مذهب الشافعي، وأبي حنيفة؛ لأنه فطر بغير جماع تام، فأشبه القبلة، ولأن الأصل عدم وجوب الكفارة، ولا نص في وجوبها ولا إجماع ولا قياس، ولا يصح ال قياس على الجماع في الفرج؛ لأنه أبلغ، بدليل أنه يوجبها من غير إنزال، ويجب به الحد إذا كان محرما، ويتعلق به اثنا عشر حكما. ولأن العلة في الأصل الجماع بدون الإنزال، والجماع هاهنا غير موجب، فلم يصح اعتباره به.

(٢٠٥١) المسألة الرابعة، أنه جامع ناسيا، فظاهر المذهب أنه كالعامد. نص عليه أحمد. وهو قول عطاء، وابن الماجشون. وروى أبو داود، عن أحمد، أنه توقف عن الجواب، وقال: أجبن أن أقول فيه شيئا، وأن أقول ليس عليه شيء. قال: سمعته غير مرة لا ينفذ له فيه قول. ونقل أحمد بن القاسم عنه: كل أمر غلب عليه الصائم، ليس عليه قضاء ولا غيره. قال أبو الخطاب: هذا يدل على إسقاط القضاء والكفارة مع الإكراه والنسيان.

وهو قول الحسن، ومجاهد، والثوري،." (١)

"[فصل فساد صوم المرأة بالجماع]

(٢٠٥٤) فصل: ويفسد صوم المرأة بالجماع، بغير خلاف نعلمه في المذهب؛ لأنه نوع من المفطرات، فاستوى فيه الرجل والمرأة، كالأكل وهل يلزمها الكفارة؟ على روايتين؛ إحداهما، يلزمها. وهو اختيار أبي بكر، وقول مالك، وأبي حنيفة، وأبي ثور، وابن المنذر ولأنها هتكت صوم رمضان بالجماع، فوجبت عليها الكفارة كالرجل.

والثانية، لا كفارة عليها. قال أبو داود: سئل أحمد عن من أتى أهله في رمضان، أعليها كفارة؟ قال: ما سمعنا أن على امرأة كفارة. وهذا قول الحسن، وللشافعي قولان كالروايتين. ووجه ذلك، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر الواطئ في رمضان أن يعتق رقبة. ولم يأمر في المرأة بشيء، مع علمه بوجود ذلك منها، ولأنه حق مال يتعلق بالوطء من بين جنسه، فكان على الرجل كالمهر.

[فصل أكرهت المرأة الصائمة على الجماع]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٣٥

(٢٠٥٥) فصل: وإن أكرهت المرأة على الجماع، فلا كفارة عليها، رواية واحدة، وعليها القضاء. قال مهنا: سألت أحمد عن امرأة غصبها رجل نفسها، فجامعها، أعليها القضاء؟ قال: نعم. قلت: وعليها كفارة؟ قال: لا. وهذا قول الحسن. ونحو ذلك قول الثوري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي. وعلى قياس ذلك، إذا وطئها نائمة.

وقال مالك في النائمة: عليها القضاء بلا كفارة، والمكرهة عليها القضاء والكفارة. وقال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: إن كان الإكراه بوعيد حتى فعلت، كقولنا وإن كان إلجاء لم تفطر. وكذلك إن وطئها وهي نائمة. ويخرج من قول أحمد - في رواية ابن القاسم - كل أمر غلب عليه الصائم، ليس عليه قضاء ولا غيره. أنه لا قضاء عليها إذا كانت ملجأة أو نائمة؛ لأنها لم يوجد منها فعل، فلم تفطر، كما لو صب في حلقها ماء بغير اختيارها.

ووجه الأول، أنه جماع في الفرج، فأفسد الصوم، كما لو أكرهت بالوعيد، ولأن الصوم عبادة يفسدها الوطء، ففسدت به على كل حال، كالصلاة والحج. ويفارق الأكل، فإنه يعذر فيه بالنسيان، بخلاف الجماع.

[فصل تساحقت امرأتان أثناء الصوم فلم ينزلا]

فصل: فإن تساحقت امرأتان، فلم ينزلا، فلا شيء عليهما. وإن أنزلتا، فسد صومهما. وهل يكون حكمهما حكم المجامع دون الفرج إذا أنزل، أو لا يلزمهما كفارة بحال؟ فيه وجهان، مبنيان على أن." [1]

"الجماع من المرأة هل يوجب الكفارة؟ على روايتين، وأصح الوجهين، أنهما لا كفارة عليهما؛ لأن ذلك ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص عليه، فيبقى على الأصل. وإن ساحق المجبوب فأنزل، فحكمه حكم من جامع دون الفرج فأنزل.

[فصل جامعت المرأة ناسية للصوم]

(٢٠٥٧) فصل: وإن جامعت المرأة ناسية للصوم. فقال أبو الخطاب: حكم النسيان حكم الإكراه، ولا كفارة عليها فيهما، وعليها القضاء؛ لأن الجماع يحصل به الفطر في حق الرجل مع النسيان، فكذلك في حق المرأة. ويحتمل أن لا يلزمها القضاء؛ لأنه مفسد لا يوجب الكفارة، فأشبه الأكل.

[فصل أكره الرجل على الجماع وهو صائم]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٧/٣

(٢٠٥٨) فصل: وإن أكره الرجل على الجماع، فسد صومه؛ لأنه إذا أفسد صوم المرأة فصوم الرجل أولى. وأما الكفارة، فقال القاضي: عليه الكفارة؛ لأن الإكراه على الوطء لا يمكن، لأنه لا يطأ حتى ينتشر، ولا ينتشر إلا عن شهوة، فكان كغير المكره. وقال أبو الخطاب: فيه. روايتان؛ إحداهما، لا كفارة عليه. وهو مذهب الشافعي؛ لأن الكفارة إما أن تكون عقوبة، أو ماحية للذنب، ولا حاجة إليها مع الإكراه، لعدم الإثم فيه، ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» ولأن الشرع لم يرد بوجوب الكفارة فيه، ولا يصح قياسه على ما ورد الشرع فيه، لاختلافهما في وجود العذر وعدمه.

فأما إن كان نائما، مثل أن كان عضوه منتشرا في حال نومه، فاستدخلته امرأته. فقال ابن عقيل: لا قضاء عليه ولا كفارة. وكذلك إن كان إلجاء، مثل أن غلبته في حال يقظته على نفسه. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه معنى حرمه الصوم حصل بغير اختياره، فلم يفطر به، كما لو أطارت الريح إلى حلقه ذبابة. وظاهر كلام أحمد، أن عليه القضاء؛ لأنه قال في المرأة إذا غصبها رجل نفسها فجامعها: عليها القضاء. فالرجل أولى. ولأن الصوم عبادة يفسدها الجماع، فا ستوى في ذلك حالة الاختيار والإكراه، كالحج، ولا يصح قياس الجماع على غيره في عدم الإفساد لتأكده بإيجاب الكفارة، وإفساده للحج من بين سائر محظوراته، وإيجاب الحد به إذا كان زنا.

[فصل لا تجب الكفارة بالفطر في غير رمضان]

(٢٠٥٩) فصل: ولا تجب الكفارة بالفطر في غير رمضان، في قول أهل العلم وجمهور الفقهاء. وقال قتادة:." (١)

"أخرى. وهذا قول الأوزاعي. وقال الزهري: لا بد من التكفير، وهذا خاص لذلك الأعرابي، لا يتعداه، بدليل أنه أخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - بإعساره قبل أن يدفع إليه العرق، ولم يسقطها عنه، ولأنها كفارة واجبة، فلم تسقط بالعجز عنها، كسائر الكفارات. وهذا رواية ثانية عن أحمد، وهو قياس قول أبي حنيفة، والثوري، وأبي ثور. وعن الشافعي كالمذهبين. ولنا الحديث المذكور، ودعوى التخصيص لا تسمع بغير دليل.

وقولهم: إنه أخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - بعجزه فلم يسقطها. قلنا: قد أسقطها عنه بعد ذلك، وهذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٨/٣

آخر الأمرين من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولا يصح ال قياس على سائر الكفارات؛ لأنه اطراح للنص بال قياس، والنص أولى، والاعتبار بالعجز في حالة الوجوب، وهي حالة الوطء.

[مسألة جامع في رمضان فلم يكفر حتى جامع ثانية]

(٢٠٦٩) مسألة: قال: (وإن جامع، فلم يكفر حتى جامع ثانية، فكفارة واحدة) وجملته أنه إذا جامع ثانيا قبل التكفير عن الأول، لم يخل من أن يكون في يوم واحد، أو في يومين، فإن كان في يوم واحد، فكفارة واحدة تجزئه، بغير خلاف بين أهل العلم، وإن كان في يومين من رمضان، ففيه وجهان؛ أحدهما، تجزئه كفارة واحدة. وهو ظاهر إطلاق الخرقي، واختيار أبي بكر، ومذهب الزهري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي؛ لأنها جزاء عن جناية تكرر سببها قبل استيفائها، فيجب أن تتداخل كالحد.

والثاني: لا تجزئ واحدة، ويلزمه كفارتان. اختاره القاضي، وبعض أصحابنا. وهو قول مالك، والليث، والشافعي، وابن المنذر. وروي ذلك عن عطاء، ومكحول؛ لأن كل يوم عبادة منفردة، فإذا وجبت الكفارة بإفساده لم تتداخل، كرمضانين، وكالحجتين.

[مسألة جامع في رمضان ثم كفر ثم جامع ثانية]

(٢٠٧٠) مسألة: قال: (وإن كفر، ثم جامع ثانية، فكفارة ثانية) وجملته أنه إذا كفر، ثم جامع ثانية، لم يخل من أن يكون في يوم واحد، أو في يومين، فإن كان في يومين، فعليه كفارة ثانية، بغير خلاف نعلمه، وإن كان في يوم واحد. فعليه كفارة ثانية. نص عليه أحمد. وكذلك يخرج في كل من لزمه الإمساك وحرم عليه الجماع في نهار رمضان. وإن لم يكن صائما، مثل من لم يعلم برؤية الهلال إلا بعد طلوع الفجر، أو نسي النية، أو أكل عامدا، ثم جامع، فإنه يلزمه كفارة.

وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: لا شيء عليه بذلك الجماع؛ لأنه لم يصادف الصوم، ولم يمنع صحته، فلم يوجب شيئا، كالجماع في الليل. ولنا أن الصوم في رمضان عبادة تجب الكفارة بالجماع فيها، فتكررت بتكرر الوطء إذا كان." (١)

"بعد التكفير، كالحج، ولأنه وطء محرم لحرمة رمضان، فأوجب الكفارة كالأول، وفارق الوطء في الليل، فإنه غير محرم. فإن قيل: الوطء الأول تضمن هتك الصوم، وهو مؤثر في الإيجاب، فلا يصح إلحاق

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٤٤

غيره به. قلنا: هو ملغى بمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فاستدام، فإنه تلزمه الكفارة، مع أنه لم يهتك الصوم.

[فصل أصبح مفطرا يعتقد أنه من شعبان فقامت البينة بالرؤية]

(٢٠٧١) فصل: إذا أصبح مفطرا يعتقد أنه من شعبان، فقامت البينة بالرؤية، لزمه الإمساك والقضاء في قول عامة الفقهاء، إلا ما روي عن عطاء أنه قال: يأكل بقية يومه. قال ابن عبد البر: لا نعلم أحدا قاله غير عطاء. وذكر أبو الخطاب ذلك رواية عن أحمد، ولا أعلم أحدا ذكرها غيره، وأظن هذا غلطا؛ فإن أحمد قد نص على إيجاب الكفارة على من وطئ ثم كفر ثم عاد فوطئ في يومه؛ لأن حرمة اليوم لم تذهب، فإذا أوجب الكفارة على غير الصائم لحرمة اليوم، فكيف يبيح الأكل، ولا يصح قياس هذا على المسافر إذا قدم وهو مفطر وأشباهه؛ لأن المسافر كان له الفطر ظاهرا وباطنا، وهذا لم يكن له الفطر في الباطن مباحا، فأشبه من أكل يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع.

فإذا تقرر هذا، فإن جامع فيه، فعليه القضاء والكفارة، كالذي أصبح لا ينوي الصيام، أو أكل ثم جامع. وإن كان جماعه قبل قيام البينة فحكمه حكم من جامع يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع، على ما مضى فيه.

[فصل كل من أفطر والصوم لازم له]

(٢٠٧٢) فصل: وكل من أفطر والصوم لازم له، كالمفطر بغير عذر، والمفطر يظن أن الفجر لم يطلع وقد كان طلع، أو يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب، أو الناسي لنية الصوم، ونحوهم، يلزمهم الإمساك. لا نعلم بينهم فيه اختلافا. إلا أنه يخرج على قول عطاء في المعذور في الفطر، إباحة فطر بقية يومه، قياسا على قوله فيما إذا قامت البينة بالرؤية. وهو قول شاذ، لم يعرج عليه أهل العلم.

[فصل من يباح له الفطر في أول النهار ظاهرا وباطنا]

(٢٠٧٣) فصل: فأما من يباح له الفطر في أول النهار ظاهرا وباطنا، كالحائض والنفساء والمسافر، والصبي، والمجنون، والكافر، والمريض، إذا زالت أعذارهم في أثناء النهار، فطهرت الحائض والنفساء، وأقام المسافر،

وبلغ الصبي، وأفاق المجنون، وأسلم الكافر، وصح المريض المفطر، ففيهم روايتان؛ إحداهما، يلزمهم الإمساك في بقية اليوم. وهو قول أبي حنيفة، والثوري، والأوزاعي،." [١]

"المسيب، والشعبي، والأوزاعي، وإسحاق. وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: الصوم أفضل لمن قوي عليه.

ويروى ذلك عن أنس، وعثمان بن أبي العاص واحتجوا بما روي عن مسلمة بن المحبق، أن النبي - صلى الله عليه وسلم -، قال: «من كانت له حمولة يأوي إلى شبع، فليصم رمضان حيث أدركه» رواه أبو داود، ولأن من خير بين الصوم والفطر، كان الصوم أفضل كالتطوع.

وقال عمر بن عبد العزيز، ومجاهد، وقتادة: أفضل الأمرين أيسرهما؛ لقول الله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر﴾ [البقرة: ١٨٥] ولما روى أبو داود، عن حمزة بن عمرو، قال: «قلت يا رسول الله، إني صاحب ظهر، أعالجه وأسافر عليه، وأكريه، وإنه ربما صادفني هذا الشهر - يعني رمضان - وأنا أجد القوة، وأنا شاب، وأجدني أن أصم، يا رسول الله، أهون علي من أن أؤخر، فيكون دينا علي، أفأصوم يا رسول الله أعظم لأجري، أم أفطر؟ قال: أي ذلك شئت يا حمزة» ولنا، ما تقدم من الأخبار في الفصل الذي قبله وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «خيركم الذي يفطر في السفر ويقصر» ولأن في الفطر خروجا من الخلاف، فكان أفضل، كالقصر. و قياسهم ينتقض بالمريض وبصوم الأيام المكروه صومها.

[مسألة قضاء شهر رمضان متفرقا والتتابع أحسن]

(٢٠٩٦) مسألة: قال (وقضاء شهر رمضان متفرقا يجزئ، والمتتابع أحسن) هذا قول ابن عباس، وأنس بن مالك، وأبي هريرة، وابن محيريز، وأبي قلابة، ومجاهد، وأهل المدينة، والحسن، وسعيد بن المسيب، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وإليه ذهب مالك، وأبو حنيفة، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق وحكي وجوب التتابع عن علي وابن عمر والنخعي، والشعبي وقال داود: يجب، ولا يشترط؛ لما روى ابن المنذر، بإسناده عن أبي هريرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من كان عليه صوم رمضان، فليسرده، ولا يقطعه» ولنا إطلاق قول الله تعالى: ﴿فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] غير مقيد بالتتابع. فإن قيل: قد روي عن عائشة، أنها قالت: نزلت " فعدة من أيام أخر متتابعات " فسقطت " متتابعات " قلنا: هذا لم يثبت عندنا صحته، ولو صح فقد سقطت اللفظة المحتج بها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٤٥

وأيضا قول الصحابة، قال ابن عمر: إن سافر؛ فإن شاء فرق، وإن شاء تابع وروي مرفوعا إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – وقال أبو عبيدة بن الجراح، في قضاء رمضان: إن الله لم يرخص لكم في فطره، وهو يريد أن يشق عليكم في قضائه وروى الأثرم، بإسناده عن محمد بن المنكدر، أنه قال: بلغني «أن رسول الله." (١)

"(٢١٠٥) فصل: فأما المجنون إذا أفاق في أثناء الشهر، فعليه صوم ما بقي من الأيام، بغير خلاف. وفي قضاء اليوم الذي أفاق فيه وإمساكه روايتان. ولا يلزمه قضاء ما مضى.

وبهذا قال أبو ثور، والشافعي في الجديد. وقال مالك: يقضي، وإن مضى عليه سنون. وعن أحمد مثله، وهو قول الشافعي في القديم؛ لأنه معنى يزيل العقل، فلم يمنع وجوب الصوم، كالإغماء. وقال أبو حنيفة: إن جن جميع الشهر، فلا قضاء عليه، وإن أفاق في أثنائه قضى، ما مضى؛ لأن الجنون لا ينافي الصوم بدليل ما لو جن في أثناء الصوم لم يفسد، فإذا وجد في بعض الشهر، وجب القضاء، كالإغماء. ولنا أنه معنى يزيل التكليف، فلم يجب القضاء في زمانه، كالصغر والكفر. ويخص أبا حنيفة بأنه معنى، لو وجد في جميع الشهر أسقط القضاء، فإذا وجد في بعضه أسقطه، كالصغر والكفر، ويفارق الإغماء في ذلك.

[مسألة رأى هلال شهر رمضان وحده]

(٢١٠٦) مسألة: قال: (وإذا رأى هلال شهر رمضان وحده، صام) المشهور في المذهب أنه متى رأى الهلال واحد لزمه الصيام، عدلا كان أو غير عدل، شهد عند الحاكم أو لم يشهد، قبلت شهادته أو ردت. وهذا قول مالك، والليث، والشافعي، وأصحاب الرأي، وابن المنذر.

وقال عطاء، وإسحاق: لا يصوم. وقد روى حنبل عن أحمد: لا يصوم إلا في جماعة الناس. وروي نحوه عن الحسن وابن سيرين؛ لأنه يوم محكوم به من شعبان، فأشبه التاسع والعشرين. ولنا أنه تيقن أنه من رمضان فلزمه صومه، كما لو حكم به الحاكم. وكونه محكوما به من شعبان ظاهر في حق غيره، وأما في الباطن فهو يعلم أنه من رمضان، فلزمه صيامه كالعدل. (٢١٠٧) فصل: فإن أفطر ذلك اليوم بجماع، فعليه الكفارة.

وقال أبو حنيفة لا تجب؛ لأنها عقوبة، فلا تجب بفعل مختلف فيه، كالحد. ولنا أنه أفطر يوما من رمضان

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٥٨

بجماع، فوجبت به عليه الكفارة، كما لو قبلت شهادته، ولا نسلم أن الكفارة عقوبة، ثم قياسهم ينتقض بوجوب الكفارة في السفر القصير، مع وقوع الخلاف فيه.." (١)

"وما ذكره أبو بكر، وأبو حنيفة لا يصح؛ لأنه يجوز انفراد الواحد به مع لطافة المرئي وبعده، ويجوز أن تختلف معرفتهم بالمطلع ومواضع قصدهم وحدة نظرهم، ولهذا لو حكم برؤيته حاكم بشهادة واحد؛ جاز، ولو شهد شاهدان؛ وجب قبول شهادتهما، ولو كان ممتنعا على ما قالوه لم يصح فيه حكم حاكم، ولا يثبت بشهادة اثنين، ومن منع ثبوته بشهادة اثنين، رد عليه الخبر الأول، و قياسه على سائر الحقوق وسائر الشهور، ولو أن جماعة في محفل، فشهد اثنان منه أنه طلق زوجته، أو أعتق عبده؛ قبلت شهادتهما دون من أنكر، ولو أن اثنين من أهل الجمعة شهدا على الخطيب أنه قال على المنبر في الخطبة شيئا، لم يشهد به غيرهما؛ لقبلت شهادتهما، وكذلك لو شهدا عليه بفعل، وإن كان غيرهما يشاركهما في سلامة السمع وصحة البصر، كذا هاهنا. (٢١٠٩)

فصل: وإن أخبره مخبر برؤية الهلال يثق بقوله؛ لزمه الصوم. وإن لم يثبت ذلك عند الحاكم؛ لأنه خبر بوقت العبادة، يشترك فيه المخبر والمخبر، أشبه الخبر عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – والخبر عن دخول وقت الصلاة. ذكر ذلك ابن عقيل. ومقتضى هذا أنه يلزمه قبول الخبر، وإن رده الحاكم؛ لأن رد الحاكم يجوز أن يكون لعدم علمه بحال المخبر، ولا يتعين ذلك في عدم العدالة، وقد يجهل الحاكم عدالة من يعلم غيره عدالته. (٢١١٠)

فصل: فإن كان المخبر امرأة ف قياس المذهب قبول قولها. وهو قول أبي حنيفة، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأنه خبر ديني. فأشبه الرواية، والخبر عن القبلة، ودخول وقت الصلاة، ويحتمل أن لا تقبل؛ لأنه شهادة برؤية الهلال، فلم يقبل فيه قول امرأة، كهلال شوال.

[مسألة لا يقبل في هلال شوال إلا شهادة اثنين عدلين]

(٢١١١) مسألة: قال (ولا يفطر إلا بشهادة اثنين) وجملة ذلك أنه لا يقبل في هلال شوال إلا شهادة اثنين عدلين. في قول الفقهاء جميعهم، إلا أبا ثور، فإنه قال: يقبل قول واحد؛ لأنه أحد طرفي شهر رمضان، أشبه الأول، ولأنه خبر يستوي فيه المخبر والمخبر، أشبه الرواية وأخبار الديانات.." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٣/٣

(٢) المغني لابن قدامة ١٦٥/٣

"ولنا خبر عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب، وعن ابن عمر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه «أجاز شهادة رجل واحد على رؤية الهلال، وكان لا يجيز على شهادة الإفطار إلا شهادة رجلين» . ولأنها شهادة على هلال لا يدخل بها في العبادة، فلم تقبل فيه إلا شهادة اثنين كسائر الشهود، وهذا يفارق الخبر؛ لأن الخبر يقبل فيه قول المخبر مع وجود المخبر عنه، وفلان عن فلان، وهذا لا يقبل فيه ذلك، فافترقا. (٢١١٢)

فصل: ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين، ولا شهادة النساء المنفردات وإن كثرن، وكذلك سائر الشهور؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال، وليس بمال، ولا يقصد به المال، فأشبه القصاص، وكان ال قياس يقتضي مثل ذلك في رمضان، لكن تركناه احتياطا للعبادة. (٢١١٣)

فصل: وإذا صاموا بشهادة اثنين ثلاثين يوما، ولم يروا هلال شوال،؛ أفطروا وجها واحدا. وإن صاموا بشهادة واحد، فلم يروا الهلال؛ ففيه وجهان: أحدهما: لا يفطرون؛ لقوله - عليه السلام -: «وإن شهد اثنان فصوموا وأفطروا» . ولأنه فطر، فلم يجز أن يستند إلى شهادة واحد، كما لو شهد بهلال شوال. والثاني: يفطرون. وهو منصوص الشافعي، ويحكى عن أبي حنيفة؛ لأن الصوم إذا وجب الفطر لاستكمال العدة، لا بالشهادة، وقد يثبت تبعا ما لا يثبت أصلا، بدليل أن النسب لا يثبت بشهادة النساء، وتثبت بها الولادة، فإذا ثبتت الولادة ثبت النسب على وجه التبع للولادة، كذا هاهنا.

وإن صاموا لأجل الغيم؛ لم يفطروا وجها واحدا؛ لأن الصوم إنما كان على وجه الاحتياط، فلا يجوز الخروج منه بمثل ذلك، والله أعلم.

[مسألة لا يفطر إذا رأى هلال شوال وحده]

(٢١١٤) مسألة: قال: (ولا يفطر إذا رآه وحده) وروي هذا عن مالك، والليث. وقال الشافعي: يحل له أن يأكل حيث لا يراه أحد؛ لأنه يتيقنه من شوال، فجاز له الأكل، كما لو قامت به بينة. ولنا، ما روى أبو رجاء عن أبي قلابة، أن رجلين قدما المدينة وقد رأيا الهلال، وقد أصبح الناس صياما. فأتيا عمر. فذكرا ذلك له، فقال لأحدهما: أصائم أنت؟ قال: بل مفطر. قال: ما حملك على هذا؟ قال: لم أكن لأصوم وقد رأيت الهلال. وقال للآخر، قال: أنا صائم.." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٦٦

"إلا يوما قبله أو بعده» . وقال محمد بن عباد: سألت جابرا، «أنهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن صوم يوم الجمعة؟ قال: نعم.» متفق عليهما.

وعن جويرية بنت الحارث، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – دخل عليها يوم الجمعة، وهي صائمة، فقال: «أصمت أمس؟ قالت: لا. قال: أتريدين أن تصومي غدا؟ قالت: لا. قال: فأفطري» . رواه البخاري. وفيه أحاديث سوى هذه، وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق أن تتبع.

وهذا الحديث يدل على أن المكروه إفراده؛ لأن نهيه معلل بكونها لم تصم أمس ولا غدا (٢١٢٣)

فصل: قال أصحابنا: يكره إفراد يوم السبت بالصوم؛ لما روى عبد الله بن بسر، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا تصوموا يوم السبت، إلا فيما افترض عليكم» . أخرجه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن.

وروي أيضا عن عبد الله بن بسر، عن أخته الصماء، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا تصوموا يوم السبت، إلا فيما افترض عليكم، فإن لم يجد أحدكم إلا لحاء عنبة، أو عود شجرة، فليمضغه» . أخرجه أبو داود. وقال: اسم أخت عبد الله بن بسر هجيمة، أو جهيمة.

قال الأثرم: قال أبو عبد الله: أما صيام يوم السبت يفرد به فقد جاء فيه حديث الصماء، وكان يحيى بن سعيد يتقيه، أي: أن يحدثني به، وسمعته من أبي عاصم والمكروه إفراده، فإن صام معه غيره؛ لم يكره؛ لحديث أبي هريرة وجويرية.

وإن وافق صوما لإنسان، لم يكره، لما قدمناه. وقال أصحابنا: ويكره إفراد يوم النيروز ويوم المهرجان بالصوم؛ لأنهما يومان يعظمهما الكفار، فيكون تخصيصهما بالصيام دون غيرهما موافقة لهم في تعظيمهما، فكره كيوم السبت. وعلى قياس هذا، كل عيد للكفار، أو يوم يفردونه بالتعظيم.

[فصل إفراد رجب بالصوم]

(٢١٢٤) فصل: ويكره إفراد رجب بالصوم. قال أحمد: وإن صامه رجل، أفطر فيه يوما أو أياما، بقدر ما لا يصومه كله. ووجه ذلك، ما روى أحمد، بإسناده عن خرشة بن الحر، قال: رأيت عمر يضرب أكف المترجبين، حتى يضعوها في الطعام. ويقول: كلوا، فإنما هو شهر كانت تعظمه الجاهلية. وبإسناده." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧١/٣

"لما روى ابن عباس، قال: «أمر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بصوم يوم عاشوراء العاشر من المحرم» . رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. وروي عن ابن عباس، أنه قال: التاسع وروي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يصوم التاسع» . أخرجه مسلم بمعناه. وروى عنه عطاء، أنه قال: «صوموا التاسع والعاشر، ولا تشبهوا باليهود» إذا ثبت هذا فإنه يستحب صوم التاسع والعاشر لذلك. نص عليه أحمد. وهو قول إسحاق.

قال أحمد: فإن اشتبه عليه أول الشهر صام ثلاثة أيام. وإنما يفعل ذلك ليتيقن صوم التاسع والعاشر.

(٢١٣٤)

فصل: واختلف في صوم عاشوراء، هل كان واجبا؟ فذهب القاضي إلى أنه لم يكن واجبا. وقال: هذا قياس المذهب. واستدل بشيئين؛ أحدهما، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر من لم يأكل» بالصوم، والنية في الليل شرط في الواجب. والثاني: أنه لم يأمر من أكل بالقضاء، ويشهد لهذا ما روى معاوية قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «يقول: إن هذا يوم عاشوراء، لم يكتب الله عليكم صيامه، فمن شاء فليصم، ومن شاء فليفطر» . وهو حديث صحيح.

وروي عن أحمد، أنه كان مفروضا؛ لما روت عائشة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – صامه وأمر بصيامه، فلما افترض رمضان كان هو الفريضة، وترك عاشوراء، فمن شاء صامه ومن شاء تركه» . وهو حديث صحيح. وحديث معاوية محمول على أنه أراد: ليس هو مكتوبا عليكم الآن.

وأما تصحيحه بنية من النهار، وترك الأمر بقضائه، فيحتمل أن نقول: من لم يدرك اليوم بكماله لم يلزمه قضاؤه. كما قلنا في من أسلم وبلغ في أثناء يوم من رمضان. على أنه قد روى أبو داود «أن أسلم أتت النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: صمتم يومكم هذا؟ قالوا: لا. قال: فأتموا بقية يومكم، واقضوه» .

(٢١٣٥) فصل: فأما يوم عرفة: فهو اليوم التاسع من ذي الحجة، سمي بذلك، لأن الوقوف بعرفة فيه. وقيل: سمي يوم عرفة، لأن إبراهيم – عليه السلام – أري في المنام ليلة التروية أنه يؤمر بذبح ابنه، فأصبح يومه." (١)

"كان يعتكف العشر الأواخر من رمضان، فاستأذنته عائشة، فأذن لها، فأمرت ببنائها فضرب، وسألت حفصة أن تستأذن لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ففعلت، فأمرت ببنائها فضرب، فلما رأت ذلك زينب بنت جحش أمرت ببنائها فضرب، قالت: وكان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا صلى الصبح

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٨/٣

دخل معتكفه، فلما صلى الصبح انصرف، فبصر بالأبنية، فقال: ما هذا؟ ، فقالوا: بناء عائشة، وحفصة، وزينب. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: البر أردتن، ما أنا بمعتكف فرجع. فلما أفطر اعتكف عشرا من شوال» . متفق على معناه.

ولأنها عبادة تتعلق بالمسجد، فلزمت بالدخول فيها، كالحج. ولم يصنع ابن عبد البر شيئا، وهذا ليس بإجماع، ولا نعرف هذا القول عن أحد سواه، وقد قال الشافعي: كل عمل لك أن لا تدخل فيه، فإذا دخلت فيه فخرجت منه، فليس عليك أن تقضي، إلا الحج والعمرة. ولم يقع الإجماع على لزوم نافلة بالشروع فيه، سوى الحج والعمرة.

وإذا كانت العبادات التي لها أصل في الوجوب لا تلزم بالشروع، فما ليس له أصل في الوجوب أولى، وقد انعقد الإجماع على أن الإنسان لو نوى الصدقة بمال مقدر، وشرع في الصدقة به، فأخرج بعضه، لم تلزمه الصدقة بباقيه، وهو نظير الاعتكاف؛ لأنه غير مقدر بالشرع، فأشبه الصدقة.

وما ذكره حجة عليه؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – ترك اعتكافه، ولو كان واجبا لما تركه، وأزواجه تركن الاعتكاف بعد نيته وضرب أبنيتهن له، ولم يوجد عذر يمنع فعل الواجب، ولا أمرن بالقضاء، وقضاء النبي – صلى الله عليه وسلم – له لم يكن واجبا عليه، وإنما فعله تطوعا؛ لأنه كان إذا عمل عملا أثبته، وكان فعله لقضائه كفعله لأدائه، على سبيل التطوع به، لا على سبيل الإيجاب، كما قضى السنة التي فاتته بعد الظهر وقبل الفجر، فتركه له دليل على عدم الوجوب، لتحريم ترك الواجب، وفعله للقضاء لا يدل على الوجوب؛ لأن قضاء السنن مشروع.

فإن قيل: إنما جاز تركه، ولم يؤمر تاركه من النساء بقضائه، لتركهن إياه قبل الشروع. قلنا: فقد سقط الاحتجاج؛ لاتفاقنا على أنه لا يلزم قبل شروعه فيه، فلم يكن القضاء دليلا على الوجوب، مع الاتفاق على انتفائه. ولا يصح قياسه على الحج والعمرة؛ لأن الوصول إليهما لا يحصل في الغالب إلا بعد كلفة عظيمة، ومشقة شديدة، وإنفاق مال كثير، ففي إبطالهما تضييع لماله، وإبطال لأعماله الكثيرة، وقد نهينا عن إضاعة المال، وإبطال الأعمال، وليس في ترك الاعتكاف بعد الشروع فيه مال يضيع، ولا عمل يبطل، فإن ما مضى من اعتكافه، لا يبطل بترك اعتكاف المستقبل، ولأن النسك يتعلق بالمسجد الحرام على الخصوص، والاعتكاف بخلافه.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٧/٣

"[مسألة الاعتكاف بغير صوم]

(٢١٤٩) مسألة: قال: (ويجوز بلا صوم، إلا أن يقول في نذره بصوم) المشهور في المذهب أن الاعتكاف يصح بغير صوم. روي ذلك عن علي، وابن مسعود، وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وعطاء، وطاوس، والشافعي، وإسحاق.

وعن أحمد، رواية أخرى، أن الصوم شرط في الاعتكاف. قال: إذا اعتكف يجب عليه الصوم. وروي ذلك عن ابن عمر، وابن عباس، وعائشة. وبه قال الزهري، ومالك، وأبو حنيفة، والليث، والثوري، والحسن بن يحيى؛ لما روي عن عائشة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه قال: لا اعتكاف إلا بصوم» . رواه الدارقطني.

وعن ابن عمر، «أن عمر جعل عليه أن يعتكف في الجاهلية، فسأل النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: اعتكف، وصم» . رواه أبو داود. ولأنه لبث في مكان مخصوص. فلم يكن بمجرده قربة، كالوقوف.

ولنا، ما روى ابن عمر، عن عمر، «أنه قال: يا رسول الله، إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: أوف بنذرك» . رواه البخاري. ولو كان الصوم شرطا لما صح اعتكاف الليل، لأنه لا صيام فيه، ولأنه عبادة تصح في الليل، فلم يشترط له الصيام كالصلاة، ولأنه عبادة تصح في الليل، فأشبه سائر العبادات، ولأن إيجاب الصوم حكم لا يثبت إلا بالشرع، ولم يصح فيه نص، ولا إجماع.

قال سعيد: حدثنا عبد العزيز بن محمد، عن أبي سهل، قال: كان على امرأة من أهلي اعتكاف، فسألت عمر بن عبد العزيز. فقال: ليس عليها صيام، إلا أن تجعله على نفسها. فقال الزهري: لا اعتكاف إلا بصوم. فقال له عمر عن النبي - صلى الله عليه وسلم -؟ قال: لا. قال: فعن أبي بكر؟ قال: لا. قال: فعن عمر؟ قال: لا. قال: وأظنه قال: فعن عثمان؟ قال: لا. فخرجت من عنده، فلقيت عطاء وطاوسا، فسألتهما، فقال طاوس: كان فلان لا يرى عليها صياما، إلا أن تجعله على نفسها، وأحاديثهم لا تصح. أما حديثهم عن عمر، فتفرد به ابن بديل، وهو ضعيف، قال أبو بكر النيسابوري: هذا حديث منكر. والصحيح ما رويناه، أخرجه البخاري، والنسائي، وغيرهما. وحديث عائشة موقوف عليها، ومن رفعه فقد وهم، ولو صح فالمراد به الاستحباب؛ فإن الصوم فيه أفضل، و قياسهم ينقلب عليهم؛ فإنه لبث في مكان مخصوص، فلم يشترط له الصوم كالوقوف، ثم نقول بموجبه، فإنه لا يكون قربة بمجرده، بل بالنية. إذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يصوم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يعتكف وهو صائم، ولأن المعتكف يستحب

له التشاغل بالعبادات والقرب، والصوم من أفضلها، ويتفرغ به مما يشغله عن العبادات، ويخرج به من الخلاف.." (١)

"إذا ثبت هذا، فلا كفارة بالوطء في ظاهر المذهب. وهو ظاهر كلام الخرقي. وقول عطاء، والنخعي، وأهل المدينة، ومالك، وأهل العراق، والثوري، وأهل الشام، والأوزاعي.

ونقل حنبل عن أحمد أن عليه كفارة. وهو قول الحسن، والزهري، واختيار القاضي؛ لأنه عبادة يفسدها الوطء لعينه، فوجبت الكفارة بالوطء فيها، كالحج وصوم رمضان.

ولنا، أنها عبادة لا تجب بأصل الشرع، فلم تجب بإفسادها كفارة، كالنوافل، ولأنها عبادة لا يدخل المال في جبرانها، فلم تجب الكفارة بإفسادها، كالصلاة، ولأن وجوب الكفارة إنما يثبت بالشرع، ولم يرد الشرع بإيجابها، فتبقى على الأصل.

وما ذكروه ينتقض بالصلاة وصوم غير رمضان. وال قياس على الحج لا يصح؛ لأنه مباين لسائر العبادات، ولهذا يمضي في فاسده، ويلزم بالشروع فيه، ويجب بالوطء فيه بدنة، بخلاف غيره. ولأنه لو وجبت الكفارة هاهنا بال قياس عليه، للزم أن يكون بدنة؛ لأن الحكم في الفرع يثبت على صفة الحكم في الأصل، إذ كان ال قياس إنما هو توسعة مجرى الحكم فيصير النص الوارد في الأصل واردا في الفرع، فيثبت فيه الحكم الثابت في الأصل بعينه. وأما ال قياس على الصوم، فهو دال على نفي الكفارة؛ لأن الصوم كله لا يجب بالوطء فيه كفارة سوى رمضان، والاعتكاف أشبه بغير رمضان؛ لأنه نافلة لا يجب إلا بالنذر، ثم لا يصح قياسه على رمضان أيضا؛ لأن الوطء فيه إنما أوجب الكفارة لحرمة الزمان، ولذلك يجب على كل من لزمه الإمساك، وإن لم يفسد به صوما.

واختلف موجبو الكفارة فيها، فقال القاضي: يجب كفارة الظهار. وهو قول الحسن، والزهري، وظاهر كلام أحمد، في رواية حنبل؛ فإنه روي عن الزهري أنه قال: من أصاب في اعتكافه، فهو كهيئة المظاهر. ثم قال أبو عبد الله: إذا كان نهارا وجبت عليه الكفارة. ويحتمل أن أبا عبد الله إنما أوجب عليه الكفارة إذا فعل ذلك في رمضان؛ لأنه اعتبر ذلك في النهار لأجل الصوم، ولو كان لمجرد الاعتكاف لما اختص الوجوب بالنهار، كما لم يختص الفساد به.

وحكي عن أبي بكر أن عليه كفارة يمين. ولم أر هذا عن أبي بكر في كتاب (الشافي) ، ولعل أبا بكر إنما أوجب عليه كفارة في موضع تضمن الإفساد الإخلال بالنذر، فوجبت لمخالفته نذره، وهي كفارة يمين فأما

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٨/٣

في غير ذلك فلا؛ لأن الكفارة إنما تجب بنص أو إجماع أو قياس، وليس هاهنا نص ولا إجماع ولا قياس، فإن نظير." [1]

(٢١٩٢)"

فصل: وإن نذر اعتكاف يوم، لم يجز تفريقه، ويلزمه أن يدخل معتكفه قبل طلوع الفجر، ويخرج منه بعد غروب الشمس. وقال مالك: يدخل معتكفه قبل غروب الشمس من ليلة ذلك اليوم، كقولنا في الشهر؛ لأن الليل يتبع النهار، بدليل ما لو كان متتابعا.

ولنا، أن الليلة ليست من اليوم، وهي من الشهر. قال الخليل: اليوم اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس. وإنما دخل الليل في المتتابع ضمنا، ولهذا خصصناه بما بين الأيام.

وإن نذر اعتكاف ليلة، لزمه دخول معتكفه قبل غروب الشمس، ويخرج منه بعد طلوع الفجر، وليس له تفريق الاعتكاف. وقال الشافعي: له تفريقه. هذا ظاهر كلامه، قياسا على تفريق الشهر.

ولنا، أن إطلاق اليوم يفهم منه التتابع، فيلزمه، كما لو قال: متتابعا. وفارق الشهر، فإنه اسم لما بين الهلالين، واسم لثلاثين يوما، واسم لغير ذلك، واليوم لا يقع في الظاهر إلا على ما ذكرنا.

وإن قال في وسط النهار: لله علي أن أعتكف يوما من وقتي هذا. لزمه الاعتكاف من ذلك الوقت إلى مثله، ويدخل فيه الليل؛ لأنه في خلال نذره، فصار كما لو نذر يومين متتابعين، وإنما لزمه بعض يومين لتعيينه ذلك بنذره، فعلمنا أنه أراد ذلك، ولم يرد يوما صحيحا. (٢١٩٣)

فصل: وإن نذر اعتكافا مطلقا، لزمه ما يسمى به معتكفا، ولو ساعة من ليل أو نهار، إلا على قولنا بوجوب الصوم في الاعتكاف، فيلزمه يوم كامل، فأما اللحظة، وما لا يسمى به معتكفا، فلا يجزئه، على الروايتين جميعا. (٢١٩٤)

فصل: ولا يتعين شيء من المساجد بنذره الاعتكاف فيه، إلا المساجد الثلاثة، وهي المسجد الحرام، ومسجد النبي - صلى الله عليه وسلم -، والمسجد الأقصى؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد: المسجد الحرام،، والمسجد الأقصى، ومسجدي هذا» . متفق عليه.

ولو تعين غيرها بتعيينه، لزمه المضي إليه، واحتاج إلى شد الرحال لقضاء نذره فيه، ولأن الله تعالى لم يعين لعبادته مكانا، فلم يتعين بتعيين غيره. وإنما تعينت هذه المساجد الثلاثة للخبر الوارد فيها، ولأن العبادة فيها

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٧/٣

أفضل، فإذا عين ما فيه فضيلة، لزمته، كأنواع العبادة.

وبهذا قال الشافعي في صحيح قوليه. وقال في الآخر: لا يتعين المسجد الأقصى؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه، إلا المسجد الحرام» . رواه مسلم.

وهذا يدل على التسوية، فيما عدا هذين المسجدين. لأن المسجد." (١)

"أقام من يحج عنه ويعتمر، وقد أجزأ عنه وإن عوفي) وجملة ذلك أن من وجدت فيه شرائط وجوب الحج، وكان عاجزا عنه لمانع مأيوس من زواله، كزمانة، أو مرض لا يرجى زواله، أو كان نضو الخلق، لا يقدر على الثبوت على الراحلة إلا بمشقة غير محتملة، والشيخ الفاني، ومن كان مثله متى وجد من ينوب عنه في الحج، ومالا يستنيبه به، لزمه ذلك. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي.

وقال مالك: لا حج عليه، إلا أن يستطيع بنفسه، ولا أرى له ذلك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿من استطاع إليه سبيلا﴾ [آل عمران: ٩٧] . وهذا غير مستطيع، ولأن هذه عبادة لا تدخلها النيابة مع القدرة، فلا تدخلها مع العجز، كالصوم والصلاة.

ولنا، حديث أبي رزين، وروى ابن عباس، أن امرأة من خثعم قالت: يا رسول الله، «إن فريضة الله على عباده في الحج أدركت أبي شيخا كبيرا، لا يستطيع أن يثبت على الراحلة، أفأحج عنه؟ قال: نعم. وذلك في حجة الوداع» . متفق عليه. وفي لفظ لمسلم، قالت: يا رسول الله، «إن أبي شيخ كبير، عليه فريضة الله في الحج، وهو لا يستطيع أن يستوي على ظهر بعيره. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: فحجي عنه» . وسئل علي، - رضي الله عنه -، عن شيخ لا يجد الاستطاعة، قال. يجهز عنه. ولأن هذه عبادة تجب بإفسادها الكفارة، فجاز أن يقوم غير فعله فيها مقام فعله، كالصوم إذا عجز عنه افتدى، بخلاف الصلاة.

[فصل لم يجد مالا يستنيب به غيره في الحج عنه]

(٢٢١٦) فصل: فإن لم يجد مالا يستنيب به، فلا حج عليه. بغير خلاف؛ لأن الصحيح لو لم يجد ما يحج به، لم يجب عليه، فالمريض أولى.

وإن وجد مالا، ولم يجد من ينوب عنه، ف قياس المذهب أنه ينبني على الروايتين في إمكان المسير، هل هو من شرائط الوجوب، أو من شرائط لزوم السعي؟ فإن قلنا: من شرائط لزوم السعي. ثبت الحج في

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢١٠

ذمته، هذا يحج عنه بعد موته. وإن قلنا: من شرائط الوجوب لم يجب عليه شيء.

[فصل حج عنه غيره وهو مريض ثم عوفي]

(٢٢١٧) فصل: ومتى أحج هذا عن نفسه، ثم عوفي، لم يجب عليه حج آخر. وهذا قول إسحاق.
وقال الشافعي، وأصحاب الرأي، وابن المنذر: يلزمه؛ لأن هذا بدل إياس، فإذا برأ، تبينا أنه لم يكن مأيوسا منه، فلزمه." (١)

"ولنا، ما ذكرناه، وقد روى الترمذي، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «دخل يوم الفتح مكة وعلى رأسه عمامة سوداء» . وقال: هذا حديث حسن صحيح. ومتى أراد هذا النسك بعد مجاوزة الميقات أحرم من موضعه كالقسم الذي قبله، وفيه من الخلاف ما فيه. النوع الثاني: من لا يكلف الحج كالعبد، والصبي، والكافر إذا أسلم بعد مجاوزة الميقات، أو عتق العبد، وبلغ الصبي، وأرادوا الإحرام، فإنهم يحرمون من موضعهم، ولا دم عليهم. وبهذا قال عطاء، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وهو قول أصحاب الرأي في الكافر يسلم، والصبي يبلغ، وقالوا في العبد: عليه دم وقال الشافعي في جميعهم: على كل واحد منهم دم.
وعن أحمد، في الكافر يسلم، كقوله. ويتخرج في الصبي والعبد كذلك، قياسا على الكافر يسلم؛ لأنهم تجاوزوا الميقات بغير إحرام وأحرموا دونه، فلزمهم الدم، كالمسلم البالغ العاقل.
ولنا، أنهم أحرموا من الموضع الذي وجب عليهم الإحرام منه، فأشبهوا المكي، ومن قريته دون الميقات إذا أحرم منها، وفارق من يجب عليه الإحرام إذا تركه؛ لأنه ترك الواجب عليه. النوع الثالث: المكلف الذي يدخل لغير قتال ولا حاجة متكررة، فلا يجوز له تجاوز الميقات غير محرم. وبه قال أبو حنيفة، وبعض أصحاب الشافعي.
وقال بعضهم: لا يجب الإحرام عليه. وعن أحمد ما يدل على ذلك. وقد روي عن ابن عمر أنه دخلها بغير إحرام. ولأنه أحد الحرمين، فلم يلزم الإحرام لدخوله، كحرم المدينة، ولأن الوجوب من الشرع، ولم يرد من الشارع إيجاب ذلك على كل داخل، فبقي على الأصل. ووجه الأولى أنه لو نذر دخولها، لزمه الإحرام، ولو لم يكن واجبا لم يجب بنذر الدخول، كسائر البلدان. إذا ثبت هذا فمتى أراد هذا الإحرام بعد تجاوز الميقات، رجع فأحرم منه، فإن أحرم من دونه، فعليه دم، كالمريد للنسك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٢٢

[فصل من دخل الحرم بغير إحرام ممن يجب عليه الإحرام]

(٢٢٨٠) فصل: ومن دخل الحرم بغير إحرام، ممن يجب عليه الإحرام، فلا قضاء عليه. هذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجب عليه أن يأتي بحجة أو عمرة، فإن أتى بحجة الإسلام في سنته، أو منذورة، أو عمرة، أجزأه عن عمرة الدخول استحسانا؛ لأن مروره على الميقات مريدا للحرم يوجب الإحرام، فإذا لم يأت به وجب قضاؤه، كالمنذور.

ولنا، أنه مشروع لتحية البقعة، فإذا لم يأت به سقط، كتحية المسجد. فإن قيل: تحية المسجد غير واجبة. قلنا: إلا أن النوافل المرتبات تقضى، وإنما سقط القضاء لما ذكرنا، فأما إن تجاوز الميقات ورجع ولم يدخل الحرم، فلا قضاء عليه، بغير خلاف نعلمه، سواء أراد النسك أو لم يرده.." [١]

"الوداع. قال ابن عبد البر: لا خلاف بين جماعة أهل العلم بالسير والآثار، أن قصة صاحب الجبة كانت عام حنين، بالجعرانة سنة ثمان، وحديث عائشة في حجة الوداع سنة عشر، فعند ذلك إن قدر التعارض، فحديثنا ناسخ لحديثهم. فإن قيل: فقد روى محمد بن المنتشر، قال: سمعت ابن عمر ينهى عن الطيب عند الإحرام، فقال: لأن أطلى بالقطران أحب إلي من ذلك. قلنا تمام الحديث، قال: فذكرت ذلك لعائشة، فقالت: يرحم الله أبا عبد الرحمن، قد «كنت أطيب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيطوف في نسائه، ثم يصبح ينضح طيبا» .

فإذا صار الخبر حجة على من احتج به، فإن فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - حجة على ابن عمر وغيره، و قياسهم يبطل بالنكاح، فإنه يمنع ابتداءه دون استدامته.

[فصل إن طيب المحرم ثوبه فله استدامة لبسه ما لم ينزعه]

(٢٢٨٨) فصل: وإن طيب ثوبه، فله استدامة لبسه، ما لم ينزعه، فإن نزعه لم يكن له أن يلبسه، فإن لبسه افتدى؛ لأن الإحرام يمنع ابتداء الطيب، ولبس المطيب دون الاستدامة، وكذلك إن نقل الطيب من موضع من بدنه إلى موضع آخر، افتدى؛ لأنه تطيب في إحرامه، وكذا إن تعمد مسه بيده، أو نحاه من موضعه، ثم رده إليه، فأما إن عرق الطيب، أو ذاب بالشمس، فسال من موضعه إلى موضع آخر، فلا شيء عليه؛ لأنه ليس من فعله، فجرى مجرى الناسي. قالت عائشة: «كنا نخرج مع النبي - صلى الله عليه وسلم -

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٤/٣

إلى مكة فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الإحرام، فإذا عرقت إحدانا سال على وجهها، فيراها النبي – صلى الله عليه وسلم – فلا ينهاها» . رواه أبو داود.

[مسألة المستحب أن يحرم عقيب الصلاة إذا حضر وقتها]

(٢٢٨٩) مسألة: قال: (فإن حضر وقت صلاة مكتوبة، وإلا صلى ركعتين) المستحب أن يحرم عقيب الصلاة، فإن حضرت صلاة مكتوبة، أحرم عقيبها، وإلا صلى ركعتين تطوعا وأحرم عقيبهما. استحب ذلك عطاء، وطاوس، ومالك، والشافعي، والثوري، وأبو حنيفة، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر. وروي ذلك عن ابن عمر، وابن عباس.

وقد روي عن أحمد أن الإحرام عقيب الصلاة، وإذا استوت به راحلته، وإذا بدأ بالسير، سواء؛ لأن الجميع قد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – من طرق صحيحة، قال الأثرم: سألت أبا عبد الله، أيما أحب إليك: الإحرام في دبر الصلاة، أو إذا استوت به راحلته؟ فقال: كل ذلك قد جاء، في دبر الصلاة، وإذا علا البيداء، وإذا استوت به ناقته، فوسع في ذلك كله. قال ابن عباس: «ركب النبي – صلى الله عليه وسلم – راحلته، حتى استوت على البيداء أهل هو وأصحابه» ، وقال أنس: «لما ركب راحلته، واستوت به، أهل.» وقال ابن عمر: «أهل." (١)

"أبو أيوب يده على الثوب، فطأطأه حتى بدا لي رأسه، ثم قال لإنسان يصب عليه الماء: صب. فصب على رأسه، ثم حرك رأسه بيديه، فأقبل بهما وأدبر، ثم قال: هكذا رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يفعل» . متفق عليه. وأجمع أهل العلم على أن المحرم يغتسل من الجنابة.

[فصل يكره للمحرم غسل رأسه بالسدر والخطمي ونحوهما]

(٢٣٢٣) فصل: ويكره له غسل رأسه بالسدر والخطمي ونحوهما؛ لما فيه من إزالة الشعث، والتعرض لقلع الشعر. وكرهه جابر بن عبد الله، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. فإن فعل فلا فدية عليه. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر.

وعن أحمد: عليه الفدية. وبه قال مالك، وأبو حنيفة. وقال صاحباه: عليه صدقة؛ لأن الخطمي تستلذ رائحته، وتزيل الشعث، وتقتل الهوام، فوجبت به الفدية كالورس.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٥٩

ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال، في المحرم الذي وقصه بعيره: «اغسلوه بماء وسدر، وكفنوه في ثوبيه، ولا تحنطوه، ولا تخمروا رأسه؛ فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا» . متفق عليه. فأمر بغسله بالسدر، مع إثبات حكم الإحرام في حقه، والخطمي كالسدر. ولأنه ليس بطيب، فلم تجب الفدية باستعماله كالتراب.

وقولهم: تستلذ رائحته. ممنوع، ثم يبطل بالفاكهة وبعض التراب. وإزالة الشعث تحصل بذلك أيضا، وقتل الهوام لا يعلم حصوله، ولا يصح قياسه على الورس؛ لأنه طيب، ولذلك لو استعمله في غير الغسل، أو في ثوب لمنع منه، بخلاف مسألتنا.

[مسألة المحرم ممنوع من لبس القمص والعمائم والسراويلات والخفاف والبرانس]

(٢٣٢٤) مسألة: قال: (ولا يلبس القمص، ولا السراويل، ولا البرنس) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من لبس القمص، والعمائم، والسراويلات، والخفاف، والبرانس. والأصل في هذا ما روى ابن عمر، «أن رجلا سأل رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ما يلبس المحرم من الثياب؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: لا يلبس القمص، ولا العمائم، ولا السراويلات، ولا البرانس، ولا الخفاف، إلا أحدا لا يجد نعلين، فليلبس الخفين، وليقطعهما." (١)

"- صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «فمن لم يجد نعلين، فليلبس الخفين، وليقطعهما، حتى يكونا أسفل من الكعبين» . متفق عليه، وهو متضمن لزيادة على حديث ابن عباس، وجابر، والزيادة من الثقة مقبولة.

قال الخطابي: العجب من أحمد في هذا، فإنه لا يكاد يخالف سنة تبلغه، وقلت سنة لم تبلغه. واحتج أحمد بحديث ابن عباس، وجابر: (من لم يجد نعلين، فليلبس خفين) . مع قول علي - رضي الله عنه -: قطع الخفين فساد، يلبسهما كما هما. مع موافقة ال قياس، فإنه ملبوس أبيح لعدم غيره، فأشبه السراويل، وقطعه لا يخرجه عن حالة الحظر، فإن لبس المقطوع محرم مع القدرة على النعلين، كلبس الصحيح، وفيه إتلاف ماله، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن إضاعته. فأما حديث ابن عمر، فقد قيل إن قوله: (وليقطعهما) من كلام نافع. كذلك رويناه في (أمالي أبي القاسم بن بشران) ، بإسناد صحيح، أن نافعا قال بعد روايته للحديث: وليقطع الخفين أسفل من الكعبين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٨٠

وروى ابن أبي موسى، عن صفية بنت أبي عبيد، عن عائشة - رضي الله عنها - «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رخص للمحرم أن يلبس الخفين، ولا يقطعهما» ، وكان ابن عمر يفتي بقطعهما، قالت صفية: فلما أخبرته بهذا رجع. وروى أبو حفص، في (شرحه) بإسناده عن عبد الرحمن بن عوف، «أنه طاف وعليه خفان، فقال له عمر: والخفان مع القباء، فقال: قد لبستهما مع من هو خير منك. يعني رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.» ويحتمل أن يكون الأمر بقطعهما منسوخا؛ فإن عمرو بن دينار روى الحديثين جميعا، وقال: انظروا أيهما كان قبل؛ قال الدارقطني، قال أبو بكر النيسابوري. حديث ابن عمر قبل؛ لأنه قد جاء في بعض رواياته، قال: «نادى رجل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو في المسجد، يعني بالمدينة، فكأنه كان قبل الإحرام» .

وفي حديث ابن عباس يقول: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «يخطب بعرفات، يقول: من لم يجد نعلين، فليلبس خفين» . فيدل على تأخره عن حديث ابن عمر فيكون ناسخا له، لأنه لو كان القطع واجبا لبينه للناس، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه، والمفهوم من إطلاق لبسهما لبسهما على حالهما من غير قطع. والأولى قطعهما، عملا بالحديث الصحيح، وخروجا من الخلاف، وأخذا بالاحتياط.

[فصل لبس المحرم المقطوع مع وجود النعل]

(٢٣٢٧) فصل: فإن لبس المقطوع، مع وجود النعل، فعليه الفدية، وليس له لبسه. نص عليه أحمد. وبهذا قال مالك.

وقال أبو حنيفة: لا فدية عليه؛ لأنه لو كان لبسه محرما، وفيه فدية، لم يأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بقطعهما، لعدم الفائدة فيه، وعن الشافعي كالمذهبين.." (١)

"ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - شرط في إباحة لبسهما عدم النعلين، فدل على أنه لا يجوز مع وجودهما، ولأنه مخيط لعضو على قدره، فوجبت على المحرم الفدية بلبسه، كالقفازين.

[فصل لا يلبس المحرم النعل التي لها قيد]

(٢٣٢٨) فصل: فأما اللالكة، والجمجم، ونحوهما، ف قياس قول أحمد، أنه لا يلبس ذلك، فإنه قال:

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٨٢

لا يلبس النعل التي لها قيد. وهذا أشد من النعل التي لها قيد.
وقد قال في رأس الخف الصغير: لا يلبسه. وذلك لأنه يستر القدم، وقد عمل لها على قدرها، فأشبه الخف فإن عدم النعلين، كان له لبس ذلك، ولا فدية عليه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أباح لبس الخف عند ذلك، فما دون الخف أولى.

[فصل النعل يباح لبسها للمحرم كيفما كانت]
(٢٣٢٩) فصل: فأما النعل، فيباح لبسها كيفما كانت، ولا يجب قطع شيء منها؛ لأن إباحتها وردت مطلقا. وروي عن أحمد في القيد في النعل: يفتدي؛ لأننا لا نعرف النعال هكذا.
وقال: إذا أحرمت فاقطع المحمل الذي على النعال، والعقب الذي يجعل للنعل، فقد كان عطاء يقول: فيه دم. وقال ابن أبي موسى، في (الإرشاد) : في القيد والعقب الفدية، والقيد: هو السير المعترض على الزمام.
قال القاضي: إنما كرههما إذا كانا عريضين.
وهذا هو الصحيح؛ فإنه إذا لم يجب قطع الخفين الساترين للقدمين والساقين فقطع سير النعل أولى أن لا يجب. ولأن ذلك معتاد في النعل، فلم تجب إزالته، كسائر سيورها، ولأن قطع القيد والعقب ربما تعذر معه المشي في النعلين؛ لسقوطهما بزوال ذلك، فلم يجب، كقطع القبال.

[فصل وجد المحرم نعلا لم يمكنه لبسها]
(٢٣٣٠) فصل: وإن وجد نعلا لم يمكنه لبسها، فله لبس الخف، ولا فدية عليه؛ لأن ما لا يمكن استعماله كالمعدوم، كما لو كانت النعل لغيره، أو صغيرة، وكالماء في التيمم، والرقبة التي لا يمكنه عتقها، ولأن العجز عن لبسها قام مقام العدم، في إباحة لبس الخف، فكذلك في إسقاط الفدية. والمنصوص أن عليه الفدية؛ لقوله: (من لم يجد نعلين، فليلبس الخفين) . وهذا واجد.

[فصل ليس للمحرم أن يعقد عليه الرداء ولا غيره إلا الإزار والهميان]
(٢٣٣١) فصل: وليس للمحرم أن يعقد عليه الرداء، ولا غيره، إلا الإزار والهميان. وليس له أن يجعل." [١]
"[مسألة المحرم إذا احتاج إلى تقلد السيف فله ذلك]
(٢٣٣٥) مسألة: قال: (ويتقلد بالسيف عند الضرورة) وجملة ذلك أن المحرم إذا احتاج إلى تقلد السيف،

---
(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٨٣

فله ذلك. وبهذا قال مالك. وأباح عطاء، والشافعي، وابن المنذر تقلده. وكرهه الحسن. والأول أولى؛ لما روى أبو داود، بإسناده عن البراء، قال: «لما صالح رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أهل الحديبية، صالحهم على أن لا يدخلوها إلا بجلبان السلاح» . - القراب بما فيه - وهذا ظاهر في إباحة حمله عند الحاجة؛ لأنهم لم يكونوا يأمنون أهل مكة أن ينقضوا العهد، ويخفروا الذمة، واشترطوا حمل السلاح في قرابه. فأما من غير خوف، فإن أحمد قال: لا، إلا من ضرورة.

وإنما منع منه؛ لأن ابن عمر قال: لا يحمل المحرم السلاح في الحرم. وال قياس إباحته؛ لأن ذلك ليس هو في معنى الملبوس المنصوص على تحريمه، ولذلك لو حمل قربة في عنقه، لا يحرم عليه ذلك، ولا فدية عليه فيه. وسئل أحمد عن المحرم يلقي جرابه في رقبته، كهيئة القربة. قال: أرجو أن لا يكون به بأس.

[مسألة إباحة لبس القباء للمحرم ما لم يدخل يديه في كميه]

(٢٣٣٦) مسألة: قال (وإن طرح على كتفيه القباء والدواج، فلا يدخل يديه في الكمين) ظاهر هذا اللفظ إباحة لبس القباء، ما لم يدخل يديه في كميه، وهو قول الحسن، وعطاء، وإبراهيم، وبه قال أبو حنيفة.

وقال القاضي، وأبو الخطاب: إذا أدخل كتفيه في القباء، فعليه الفدية، وإن لم يدخل يديه في كميه. وهو مذهب مالك، والشافعي؛ لأنه مخيط لبسه المحرم على العادة في لبسه، فلزمته الفدية إذا كان عامدا، كالقميص. وروى ابن المنذر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن لبس الأقبية» . ووجه قول الخرقي، ما تقدم من حديث عبد الرحمن بن عوف، في مسألة إن لم يجد إزارا لبس السراويل، وإن لم يجد نعلين لبس الخفين. ولأن القباء لا يحيط بالبدن، فلم تلزمه الفدية بوضعه على كتفيه، إذا لم يدخل يديه في كميه، كالقميص يتشح به، و قياسهم منقوض بالرداء الموصل، والخبر محمول على لبسه مع إدخال يديه في كميه.

[مسألة كراهة الاستظلال في المحمل للمحرم خاصة وما كان في معناه]

(٢٣٣٧) مسألة: قال: (ولا يظلل على رأسه في المحمل، فإن فعل فعليه دم) كره أحمد الاستظلال في المحمل خاصة، وما كان في معناه، كالهودج والعمارية والكبيسة ونحو ذلك على البعير. وكره ذلك ابن عمر، ومالك وعبد الرحمن بن مهدي، وأهل المدينة. وكان سفيان بن عيينة يقول: لا يستظل ألبتة. ورخص فيه ربيعة، والثوري، والشافعي.

وروي ذلك عن عثمان، وعطاء؛ لما روت أم الحصين، قالت: «حججت مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حجة الوداع،." [١]

"ولنا، أن وجوب الفدية يحتاج إلى دليل، ولا دليل فيه من نص ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الطيب، فإن الطيب يوجب الفدية، وإن لم يزل شعثا، ويستوي فيه الرأس وغيره، والدهن بخلافه، ولأنه مائع لا تجب الفدية باستعماله في اليدين، فلم تجب باستعماله في الرأس، كالماء.

[مسألة لا يتعمد المحرم لشم الطيب]

(٢٣٦٥) مسألة: قال: (ولا يتعمد لشم الطيب) أي لا يقصد شمه من غيره بفعل منه، نحو أن يجلس عند العطارين لذلك، أو يدخل الكعبة حال تجميرها، ليشم طيبها، أو يحمل معه عقدة فيها مسك ليجد ريحها. قال أحمد: سبحان الله، كيف يجوز هذا؟ وأباح الشافعي ذلك، إلا العقدة تكون معه يشمها، فإن أصحابه اختلفوا فيها؛ لأنه يشم الطيب من غيره، أشبه ما لو لم يقصده.

ولنا، أنه شم الطيب قاصدا مبتدئا به في الإحرام، فحرم، كما لو باشره، يحققه أن القصد شمه لا مباشرته، بدليل ما لو مس اليابس الذي لا يعلق بيده لم يكن عليه شيء، ولو رفعه بخرقة وشمه لوجبت عليه الفدية، ولو لم يباشره، فأما شمه من غير قصد، كالجالس عند العطار لحاجته، وداخل السوق، أو داخل الكعبة للتبرك بها، ومن يشتري طيبا لنفسه وللتجارة ولا يمسه، فغير ممنوع منه؛ لأنه لا يمكن التحرز من هذا، فعفي عنه، بخلاف الأول.

[مسألة المحرم ممنوع من تخمير رأسه]

(٢٣٦٦) مسألة: قال: (ولا يغطي شيئا من رأسه، والأذنان من الرأس) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من تخمير رأسه. والأصل في ذلك «نهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن لبس العمائم والبرانس» . وقوله في المحرم الذي وقصته راحلته: «لا تخمروا رأسه، فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا» . علل منع تخمير رأسه ببقائه على إحرامه، فعلم أن المحرم ممنوع من ذلك. وكان ابن عمر يقول: إحرام الرجل في رأسه. . وذكر القاضي، في (الشرح) أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إحرام الرجل في رأسه، وإحرام المرأة في وجهها» . وأنه - عليه السلام - نهى أن يشد المحرم رأسه بالسير.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٨٦

وقول الخرقي: (والأذنان من الرأس) . فائدته تحريم تغطيتهما. وأباح ذلك الشافعي. وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الأذنان من الرأس» .

وقد ذكرناه في الطهارة. وإذا ثبت هذا فإنه يمنع من تغطية بعض رأسه، كما يمنع من تغطية جميعه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تخمروا رأسه» . والمنهي عنه يحرم فعل بعضه، ولذلك لما قال تعالى: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم﴾ [البقرة: ١٩٦] . حرم حلق بعضه. وسواء غطاه بالملبوس المعتاد أو بغيره، مثل أن عصبه بعصابة،." (١)

"تاما، فأفسده، كما قبل الوقوف. وقوله - عليه السلام -: «الحج عرفة» يعني: معظمه. أو أنه ركن متأكد فيه. ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد، بدليل العمرة. إذا ثبت هذا فإنه يجب على المجامع بدنة. روي ذلك عن ابن عباس، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، ومالك، والشافعي، وأبي ثور.

وقال الثوري، وإسحاق: عليه بدنة، فإن لم يجد فشاة. وقال أصحاب الرأي: إن جامع قبل الوقوف فسد حجه، وعليه شاة، وإن كان بعده فعليه بدنة، وحجه صحيح؛ لأنه قبل الوقوف معنى يوجب القضاء، فلم يجب به بدنة، كالفوات. ولنا، أنه جماع صادف إحراما تاما، فوجبت به البدنة، كبعد الوقوف، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولم يفرقوا بين قبل الوقوف وبعده.

وأما الفوات فهو مفارق للجماع بالإجماع، ولذلك لا يوجبون فيه الشاة، بخلاف الجماع. وإذا كانت المرأة مكرهة على الجماع، فلا هدي عليها، ولا على الرجل أن يهدي عنها. نص عليه أحمد؛ لأنه جم ا ع يوجب الكفارة، فلم تجب به حال الإكراه أكثر من كفارة واحدة، كما في الصيام.

وهذا قول إسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر. وعن أحمد، رواية أخرى: أن عليه أن يهدي عنها. وهو قول عطاء، ومالك؛ لأن إفساد الحج وجد منه في حقهما، فكان عليه لإفساده حجها هدي، قياسا على حجه، وعنه ما يدل على أن الهدي عليها؛ لأن فساد الحج ثبت بالنسبة إليها، فكان الهدي عليها، كما لو طاوعت.

ويحتمل أنه أراد أن الهدي عليها، يتحمله الزوج عنها، فلا يكون رواية ثالثة. فأما حال المطاوعة، فعلى كل واحد منهما بدنة. هذا قول ابن عباس، وسعيد بن المسيب، والنخعي، والضحاك، ومالك، والحكم، وحماد؛ لأن ابن عباس قال: اهد ناقة، ولتهد ناقة. لأنها أحد المتجامعين من غير إكراه، فلزمتها بدنة كالرجل.

وعن أحمد أنه قال: أرجو أن يجزئهما هدي واحد. وروي ذلك عن عطاء، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٩٩

جماع واحد فلم يوجب أكثر من بدنة، كحالة الإكراه، والنائمة كالمكرهة في هذا.
وأما فساد الحج، فلا فرق فيه بين حال الإكراه والمطاوعة. لا نعلم فيه خلافا.

[فصل لا فرق بين الوطء في القبل والدبر من آدمي أو بهيمة في الحج]

(٢٣٨٧) فصل: ولا فرق بين الوطء في القبل والدبر، من آدمي أو بهيمة. وبه قال الشافعي، وأبو ثور. ويتخرج في وطء البهيمة أن الحج لا يفسد به. وهو قول مالك، وأبي حنيفة؛ لأنه لا يوجب الحد، فأشبه الوطء دون الفرج. وحكى أبو ثور عن أبي حنيفة أن اللواط والوطء في الدبر لا يفسد الحج؛ لأنه لا يثبت." (١)

"ذكرنا؛ لأنه استمتاع يلتذ به، فهو كالقبلة. قال أحمد، في من قبض على فرج امرأته، وهو محرم: فإنه يهريق دم شاة. وقال عطاء: إذا قبل المحرم، أو لمس، فليهرق دما.

[مسألة الحج لا يفسد بتكرار النظر أنزل أو لم ينزل]

(٢٣٩١) مسألة: قال: (وإن نظر، فصرف بصره، فأمنى، فعليه دم، وإن كرر النظر حتى أمنى، فعليه بدنة) وجملة ذلك، أن الحج لا يفسد بتكرار النظر، أنزل أو لم ينزل. روي ذلك عن ابن عباس. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي. وروي عن الحسن، وعطاء، ومالك، في من ردد النظر حتى أمنى: عليه حج قابل؛ لأنه أنزل بفعل محظور، أشبه الإنزال بالمباشرة.

ولنا، أنه إنزال عن غير مباشرة، فأشبه الإنزال بالفكر والاحتلام، والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع. ثم إن المباشرة أبلغ في اللذة، وآكد في استدعاء الشهوة، فلا يصح ال قياس عليه. فأما إن نظر ولم يكرر، فأمنى، فعليه شاة. وإن كرره، فأنزل، ففيه روايتان؛ إحداهما، عليه بدنة. روي ذلك عن ابن عباس. والثانية، عليه شاة. وهو قول سعيد بن جبير، وإسحاق ورواية ثانية عن ابن عباس.

وقال أبو ثور: لا شيء عليه. وحكي ذلك عن أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه ليس بمباشرة، أشبه الفكر. ولنا، أنه إنزال بفعل محظور، فأوجب الفدية، كاللمس.

وقد روى الأثرم، عن ابن عباس، أنه قال له رجل: فعل الله بهذه وفعل، إنها تطيبت لي، فكلمتني، وحدثتني، حتى سبقتني الشهوة. فقال ابن عباس: أتمم حجك، وأهرق دما. وروى حنبل. في (المناسك) ، عن مجاهد، أن محرما نظر إلى امرأته حتى أمذى، فجعل يشتمها. فقال ابن عباس: أهرق دما، ولا تشتمها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٠٩

[فصل كرر المحرم النظر حتى أمذى]

(٢٣٩٢) فصل: فإن كرر النظر حتى أمذى: فقال أبو الخطاب: عليه دم. وقال القاضي: ذكره الخرقي. قال القاضي: لأنه جزء من المني، ولأنه حصل به التذاذ، فهو كاللمس. وإن لم يقترن بالنظر مني أو مذي، فلا شيء عليه، سواء كرر النظر أو لم يكرره.

وقد روي عن أحمد في من جرد امرأته، ولم يكن منه غير التجريد، أن عليه شاة، وهذا محمول على أنه لمس، فإن التجريد لا يعرى عن اللمس ظاهرا، أو على أنه أمنى أو أمذى، أما مجرد، النظر، فلا شيء فيه، فقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - ينظر إلى نسائه وهو محرم، وكذلك أصحابه.

[فصل فكر المحرم فأنزل]

(٢٣٩٣) فصل: فإن فكر فأنزل، فلا شيء عليه؛ فإن الفكر يعرض للإنسان من غير إرادة ولا اختيار، فلم." (١)

"يعدو على أموال الناس، فلا وجه لإخراجه من العموم. وفارق ما أبيح أكله، فإنه مباح ليس هو في معنى ما أبيح قتله، فلا يلزم من تخصيصه تخصيص ما ليس في معناه. وقول الخرقي: (وكل ما عدا عليه أو آذاه) .

يحتمل أنه أراد ما يبدأ المحرم، فيعدو عليه في نفسه أو ماله، فهذا لا جناح على قاتله، سواء كان من جنس طبعه الأذى، أو لم يكن. قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم، على أن السبع إذا بدأ المحرم، فقتله، لا شيء عليه. ويحتمل أنه أراد ما كان طبعه الأذى والعدوان، وإن لم يوجد منه أذى في الحال. قال مالك: الكلب العقور، ما عقر الناس وعدا عليهم، مثل الأسد والنمر والفهد والذئب. فعلى هذا يباح قتل كل ما فيه أذى للناس في أنفسهم أو في أموالهم، مثل سباع البهائم كلها، المحرم أكلها، وجوارح الطير، كالبازي، والعقاب، والصقر، والشاهين، ونحوها، والحشرات المؤذية، والزنبور، والبق، والبعوض، والبراغيث، والذباب. وبهذا قال الشافعي.

وقال أصحاب الرأي: يقتل ما جاء في الخبر، والذئب، قياسا عليه. ولنا، أن الخبر نص من كل جنس على صورة من أدناه، تنبيها على ما هو أعلى منها، ودلالة على ما كان في معناها، فنصه على الحدأة والغراب تنبيه على البازي ونحوه، وعلى الفأرة تنبيه على الحشرات، وعلى العقرب تنبيه على الحية، وعلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٢/٣

الكلب العقور تنبيه على السباع التي هي أعلى منه، ولأن ما لا يضمن بمثله، ولا بقيمته، لا يضمن، كالحشرات.

[فصل ما لا يؤذي بطبعه ولا يؤكل كالرخم والديدان فلا أثر للحرم ولا للإحرام فيه]
(٢٣٩٧) فصل: وما لا يؤذي بطبعه، ولا يؤكل كالرخم، والديدان، فلا أثر للحرم ولا للإحرام فيه، ولا جزاء فيه إن قتله. وبهذا قال الشافعي وقال مالك: يحرم قتلها، وإن قتلها فداها، وكذلك كل سبع لا يعدو على الناس. وإذا وطئ الذباب والنمل أو الذر، أو قتل الزنبور، تصدق بشيء من الطعام.
ولنا، أن الله تعالى إنما أوجب الجزاء في الصيد، وليس هذا بصيد. قال بعض أهل اللغة: الصيد ما جمع ثلاثة أشياء، فيكون مباحا وحشيا ممتنعا. ولأنه لا مثل له ولا قيمة، والضمان إنما يكون بأحد هذين الشيئين. وروي عن عمر، أنه قرد بعيره بالسقيا وهو محرم. ومعناه أنه نزع القراد عنه، ورماه.
وهذا قول جابر بن زيد، وعطاء. وروي أن ابن عباس قال لعكرمة وهو محرم: قرد البعير. فكره ذلك. فقال: قم فانحره. فنحره. فقال له ابن عباس: لا أم لك، كم قتلت فيها من قراد وحلمة وحمنانة؟ يعني كبار القراد. رواه كله سعيد.." [١]

"الخرقي: (وما زرعه الإنسان) يحتمل اختصاصه بالزرع دون الشجر، فيكون كقول الشافعي.
ويحتمل أن يعم جميع ما يزرع، فيدخل فيه الشجر، ويحتمل أن يريد ما ينبت الآدميون جنسه. والأولى الأخذ بعموم الحديث في تحريم الشجر كله، بقوله - عليه السلام -: «لا يعضد شجرها.» إلا ما أنبته الآدمي من جنس شجرهم، بال قياس على ما أنبتوه من الزرع، والأهلي من الحيوان، فإننا إنما أخرجنا من الصيد ما كان أصله إنسيا، دون ما تأنس من الوحشي، كذا هاهنا.

[فصل يحرم على المحرم قطع الشوك والعوسج]
(٢٤١١) فصل: ويحرم قطع الشوك، والعوسج. وقال القاضي، وأبو الخطاب: لا يحرم. وروي ذلك عن عطاء، ومجاهد، وعمرو بن دينار، والشافعي؛ لأنه يؤذي بطبعه، فأشبه السباع من الحيوان.
ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يعضد شجرها» . وفي حديث أبي هريرة: «لا يختلى شوكها» . وهذا صريح. ولأن الغالب في شجر الحرم الشوك، فلما حرم النبي - صلى الله عليه وسلم -

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣١٥

قطع شجرها، والشوك غالبه، كان ظاهرا في تحريمه.

[فصل لا بأس للمحرم بقطع اليابس من الشجر والحشيش]

(٢٤١٢) فصل: ولا بأس بقطع اليابس من الشجر والحشيش؛ لأنه بمنزلة الميت. ولا بقطع ما انكسر ولم يبن؛ لأنه قد تلف، فهو بمنزلة الظفر المنكسر. ولا بأس بالانتفاع بما انكسر من الأغصان، وانقلع من الشجر بغير فعل آدمي. ولا ما سقط من الورق. نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافا؛ لأن الخبر إنما ورد في القطع، وهذا لم يقطع. فأما إن قطعه آدمي، فقال أحمد: لم أسمع، إذا قطع ينتفع به.

وقال في الدوحة تقلع: من شبهه بالصيد، لم ينتفع بحطبها. وذلك لأنه ممنوع من إتلافه؛ لحرمة الحرم، فإذا قطعه من يحرم عليه قطعه، لم ينتفع به، كالصيد يذبحه المحرم. ويحتمل أن يباح لغير القاطع الانتفاع به؛ لأنه انقطع بغير فعله، فأبيح له الانتفاع به، كما لو قطعه حيوان بهيمي، ويفارق الصيد الذي ذبحه، لأن الذكاة تعتبر لها الأهلية، ولهذا لا يحصل بفعل بهيمة، بخلاف هذا.

[فصل لا يأخذ المحرم ورق الشجر]

(٢٤١٣) فصل: وليس له أخذ ورق الشجر. وقال الشافعي: له أخذه؛ لأنه لا يضر به. وكان عطاء يرخص في أخذ ورق السنى، يستمشي به، ولا ينزع من أصله. ورخص فيه عمرو بن دينار.." (١)

"للمحصر نحر هديه إلا في الحرم، فيبعثه، ويواطئ رجلا على نحره في وقت يتحلل فيه. وهذا يروى عن ابن مسعود، في من لدغ في الطريق. وروي نحو ذلك عن الحسن، والشعبي، والنخعي، وعطاء.

وهذا، والله أعلم، في من كان حصره خاصا، وأما الحصر العام فلا ينبغي أن يقوله أحد؛ لأن ذلك يفضي إلى تعذر الحل، لتعذر وصول الهدي إلى محله، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه نحروا هداياهم في الحديبية، وهي من الحل. قال البخاري: قال مالك وغيره: إن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه حلقوا، وحلوا من كل شيء، قبل الطواف، وقبل أن يصل الهدي إلى البيت. ولم يذكر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر أحدا أن يقضي شيئا، ولا أن يعودوا له.

وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نحر هديه عند الشجرة التي كانت تحتها بيعة الرضوان. وهي من الحل باتفاق أهل السيرة والنقل. قال الله تعالى: ﴿والهدي معكوفا أن يبلغ محله﴾ [الفتح: ٢٥] . ولأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٢١

موضع حله، فكان موضع نحره، كالحرم، وسائر الهدايا يجوز للمحصر نحرها في موضع تحلله. فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة: ١٩٦] .

وقال: ﴿ثم محلها إلى البيت العتيق﴾ [الحج: ٣٣] . ولأنه ذبح يتعلق بالإحرام، فلم يجز في غير الحرم، كدم الطيب واللباس. قلنا: الآية في حق غير المحصر، ولا يمكن قياس المحصر عليه؛ لأن تحلل المحصر في الحل، وتحلل غيره في الحرم، فكل منهما ينحر في موضع تحلله. وقيل في قوله: ﴿حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة: ١٩٦] . أي حتى يذبح، وذبحه في حق المحصر في موضع حله، اقتداء بالنبي - صلى الله عليه وسلم -.

[فصل متى كان المحصر محرما بعمرة فله التحلل ونحر هديه وقت حصره]

(٢٤٢٩) فصل: ومتى كان المحصر محرما بعمرة، فله التحلل ونحر هديه وقت حصره؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه زمن الحديبية، حلوا ونحروا هداياهم بها قبل يوم النحر. وإن كان مفردا أو قارنا، فكذلك في إحدى الروايتين؛ لأن الحج أحد النسكين، فجاز الحل منه ونحر هديه وقت حصره، كالعمرة، ولأن العمرة لا تفوت، وجميع الزمان وقت لها، فإذا جاز الحل منها ونحر هديها من غير خشية فواتها، فالحج الذي يخشى فواته أولى.

والرواية الثانية، لا يحل، ولا ينحر هديه إلى يوم النحر. نص عليه في رواية الأثرم، وحنبل؛ لأن للهدي محل زمان ومحل مكان. فإن عجز محل المكان فسقط، بقي محل الزمان واجبا لإمكانه، وإذا لم يجز له نحر الهدي قبل يوم النحر، لم يجز التحلل؛ لقوله سبحانه: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة: ١٩٦] .." (١)

"[فصل المحصر في حج فاسد]

(٢٤٣٣) فصل: وإن أحصر في حج فاسد، فله التحلل؛ لأنه إذا أبيح له التحلل في الحج الصحيح، فالفاسد أولى. فإن حل، ثم زال الحصر وفي الوقت سعة، فله أن يقضي في ذلك العام. وليس يتصور القضاء في العام الذي أفسد الحج فيه في غير هذه المسألة.

[مسألة المحصر إذا عجز عن الهدي]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٨/٣

(٢٤٣٤) مسألة: قال: (فإن لم يكن معه هدي، ولا يقدر عليه، صام عشرة أيام، ثم حل) وجملة ذلك أن المحصر، إذا عجز عن الهدي، انتقل إلى صوم عشرة أيام، ثم حل. وبهذا قال الشافعي، في أحد قوليه.
وقال مالك، وأبو حنيفة: ليس له بدل؛ لأنه لم يذكر في القرآن. ولنا، أنه دم واجب للإحرام، فكان له بدل، كدم التمتع والطيب واللباس، وترك النص عليه لا يمنع قياسه على غيره في ذلك، ويتعين الانتقال إلى صيام عشرة أيام، كبدل هدي التمتع، وليس له أن يتحلل إلا بعد الصيام، كما لا يتحلل واجد الهدي إلا بنحره.
وهل يلزمه الحلق أو التقصير مع ذبح الهدي أو الصيام؟ ظاهر كلام الخرقي، أنه لا يلزمه؛ لأنه لم يذكره. وهو إحدى الروايتين عن أحمد؛ لأن الله تعالى ذكر الهدي وحده، ولم يشرط سواه. والثانية، عليه الحلق أو التقصير؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - حلق يوم الحديبية، وفعله في النسك دل على الوجوب. ولعل هذا ينبني على أن الحلاق نسك أو إطلاق من محظور، على ما يذكر في موضعه، إن شاء الله.

[فصل لا يتحلل المحصر إلا بالنية]
(٢٤٣٥) فصل: ولا يتحلل إلا بالنية، مع ما ذكرنا، فيحصل الحل بشيئين؛ النحر، أو الصوم والنية، إن قلنا الحلاق ليس بنسك. وإن قلنا: هو نسك. حصل بثلاثة أشياء؛ الحلاق مع ما ذكرنا. فإن قيل: فلم اعتبرتم النية هاهنا، وهي في غير المحصر غير معتبرة؟ قلنا: لأن من أتى بأفعال النسك، فقد أتى بما عليه، فيحل منها بإكمالها، فلم يحتج إلى نية، بخلاف المحصور، فإنه يريد الخروج من العبادة قبل إكمالها، فافتقر إلى قصده، ولأن الذبح قد يكون لغير الحل، فلم يتخصص إلا بقصده، بخلاف الرمي، فإنه لا يكون إلا للنسك، فلم يحتج إلى قصده.

[فصل نوى التحلل قبل الهدي أو الصيام لم]
(٢٤٣٦) فصل: فإن نوى التحلل قبل الهدي أو الصيام، لم يتحلل، وكان على إحرامه حتى ينحر الهدي أو يصوم؛ لأنهما أقيما مقام أفعال الحج، فلم يحل قبلهما، كما لا يتحلل القادر على أفعال الحج قبلها. وليس عليه في نية الحل فدية؛ لأنها لم تؤثر في العبادة، فإن فعل شيئا من محظورات الإحرام قبل ذلك، فعليه فديته، كما لو فعل القادر ذلك قبل أفعال الحج.." (١)

---
(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٣٠

"[فصل كان العدو الذي حصر الحاج مسلمين فأمكن الانصراف كان أولى من قتالهم]

(٢٤٣٧) فصل: وإذا كان العدو الذي حصر الحاج مسلمين، فأمكن الانصراف، كان أولى من قتالهم؛ لأن في قتالهم مخاطرة بالنفس والمال وقتل مسلم، فكان تركه أولى. ويجوز قتالهم؛ لأنهم تعدوا على المسلمين بمنعهم طريقهم، فأشبهوا سائر قطاع الطريق. وإن كانوا مشركين، لم يجب قتالهم؛ لأنه إنما يجب بأحد أمرين؛ إذا بدءوا بالقتال، أو وقع النفير فاحتيج إلى مدد؛ وليس هاهنا واحد منهما.

لكن إن غلب على ظن المسلمين الظفر بهم، استحب قتالهم، لما فيه من الجهاد، وحصول النصر، وإتمام النسك. وإن غلب على ظنهم ظفر الكفار، فالأولى الانصراف؛ لئلا يغرروا بالمسلمين. ومتى احتاجوا في القتال إلى لبس ما تجب فيه الفدية كالدرع والمغفر، فعلوا، وعليهم الفدية؛ لأن لبسهم لأجل أنفسهم، فأشبه ما لو لبسوا للاستدفاء من دفع برد.

[فصل أذن العدو للمحصرين في العبور فلم يثقوا بهم]

(٢٤٣٨) فصل: فإن أذن لهم العدو في العبور، فلم يثقوا بهم، فلهم الانصراف؛ لأنهم خائفون على أنفسهم، فكأنهم لم يأمنوهم، وإن وثقوا بأمانهم، وكانوا معروفين بالوفاء، لزمهم المضي على إحرامهم؛ لأنه قد زال حصرهم، وإن طلب العدو خفارة على تخلية الطريق، وكان ممن لا يوثق بأمانه، لم يلزمهم بذله؛ لأن الخوف باق مع البذل، وإن كان موثوقا بأمانه والخفارة كثيرة، لم يجب بذله، بل يكره إن كان العدو كافرا؛ لأن فيه صغارا وتقوية للكفار، وإن كانت يسيرة، ف قياس المذهب وجوب بذله، كالزيادة في ثمن الماء للوضوء. وقال بعض أصحابنا: لا يجب بذل خفارة بحال، وله التحلل، كما أنه في ابتداء الحج لا يلزمه إذا لم يجد طريقا آمنا من غير خفارة.

[مسألة منع الحاج من الوصول إلى البيت بمرض أو ذهاب نفقة]

(٢٤٣٩) مسألة: قال: (وإن منع من الوصول إلى البيت بمرض، أو ذهاب نفقة، بعث بهدي، إن كان معه، ليذبحه بمكة، وكان على إحرامه حتى يقدر على البيت) المشهور في المذهب أن من يتعذر عليه الوصول إلى البيت بغير حصر العدو، من مرض، أو عرج، أو ذهاب نفقة، ونحوه، أنه لا يجوز له التحلل بذلك. روي ذلك عن ابن عمر، وابن عباس، ومروان. وبه قال مالك، والشافعي، وإسحاق. وعن أحمد، رواية أخرى: له التحلل بذلك. روي نحوه عن ابن مسعود، وهو قول عطاء، والنخعي، والثوري، وأصحاب الرأي وأبي ثور؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من كسر، أو عرج فقد حل، وعليه حجة أخرى» .

رواه النسائي.

ولأنه محصر يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦] . يحققه." (١)

"في غير هذا الطواف، ولا يضطبع في السعي.

وقال الشافعي: يضطبع فيه؛ لأنه أحد الطوافين، فأشبه الطواف بالبيت. ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يضطبع فيه، والسنة في الاقتداء به. قال أحمد: ما سمعنا فيه شيئا. وال قياس لا يصح إلا فيما عقل معناه، وهذا تعبد محض.

[مسألة يرمل ثلاثة أشواط ويمشي أربعة]

(٢٤٥٥) مسألة: قال: (ورمل ثلاثة أشواط، ومشى أربعة، كل ذلك من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود) معنى الرمل إسراع المشي مع مقاربة الخطو من غير وثب. وهو سنة في الأشواط الثلاثة الأول من طواف القدوم. ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا. وقد ثبت «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رمل ثلاثا، ومشى أربعا» . رواه جابر، وابن عباس، وابن عمر، وأحاديثهم متفق عليها فإن قيل: إنما رمل النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه لإظهار الجلد للمشركين، ولم يبق ذلك المعنى، إذ قد نفى الله المشركين، فلم قلتم: إن الحكم يبقى بعد زوال علته؟ قلنا: قد رمل النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه، واضطبع في حجة الوداع بعد الفتح، فثبت أنها سنة ثابتة.

وقال ابن عباس: «رمل النبي - صلى الله عليه وسلم - في عمره كلها، وفي حجه» وأبو بكر، وعمر، وعثمان، والخلفاء من بعده. رواه أحمد، في (المسند) . وقد ذكرنا حديث عمر. إذا ثبت هذا، فإن الرمل سنة في الأشواط الثلاثة بكمالها، يرمل من الحجر إلى أن يعود إليه، لا يمشي في شيء منها. روي ذلك عن عمر، وابن عمر، وابن مسعود، وابن الزبير - رضي الله عنهم - وبه قال عروة، والنخعي، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وقال طاوس، وعطاء، والحسن، وسعيد بن جبير، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله: يمشي ما بين الركنين؛ لما روى ابن عباس، قال: «قدم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه مكة، وقد وهنتهم الحمى، فقال المشركون: إنه يقدم عليكم قوم قد وهنتهم حمى يثرب، ولقوا منها شرا. فأطلع الله نبيه -

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣١/٣

صلى الله عليه وسلم – على ما قالوا، فلما قدموا قعد المشركون مما يلي الحجر، فأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – أصحابه أن يرملوا الأشواط الثلاثة، ويمشوا ما بين الركنين، ليرى المشركون جلدهم، فلما رأوهم رملوا، قال المشركون: هؤلاء الذين زعمتم أن الحمى قد وهنتهم، هؤلاء أجلد منا» . قال ابن عباس: ولم يمنعه أن يأمرهم أن يرملوا الأشواط كلها، إلا الإبقاء عليهم. متفق عليه.

ولنا، ما روى ابن عمر، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – رمل من الحجر إلى الحجر» . وفي مسلم،." (١)

"القدوم، أتى بهما في طواف الزيارة؛ لأنهما سنة أمكن قضاؤها، فتقضى كسنن الصلاة.

وهذا لا يصح؛ لما ذكرنا في من تركه في الثلاثة الأول، لا يقضيه في الأربعة، وكذلك من ترك الجهر في صلاة الجهر، لا يقضيه في صلاة الظهر، ولا يقتضي ال قياس أن تقضى هيئة عبادة في عبادة أخرى. قال القاضي: ولو طاف فرمل واضطبع، ولم يسع بين الصفا والمروة، فإذا طاف بعد ذلك للزيارة، رمل في طوافه؛ لأنه يرمل في السعي بعده، وهو تبع للطواف، فلو قلنا: لا يرمل في الطواف، أفضى إلى أن يكون التبع أكمل من المتبوع.

وهذا قول مجاهد، والشافعي. وهذا لا يثبت بمثل هذا الرأي الضعيف؛ فإن المتبوع لا تتغير هيئته تبعا لتبعه، ولو كانا متلازمين، لكان ترك الرمل في السعي تبعا لعدمه في الطواف أولى من الرمل في الطواف تبعا للسعي.

[فصل ترك الرمل في شوط من الثلاثة الأول]

(٢٤٥٨) فصل: فإن ترك الرمل في شوط من الثلاثة الأول، أتى بهـ في الاثنين الباقيين. وإن تركه في اثنين أتى به في الثالث. وإن تركه في الثلاثة سقط. كذلك قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن تركه للهيئة في بعض محلها لا يسقطها في بقية محلها، كتارك الجهر في إحدى الركعتين الأولتين، لا يسقطه في الثانية.

[مسألة ليس على أهل مكة رمل]

(٢٤٥٩) مسألة: قال: (وليس على أهل مكة رمل) وهذا قول ابن عباس، وابن عمر، رحمة الله عليهما. وكان ابن عمر إذا أحرم من مكة لم يرمل. وهذا لأن الرمل إنما شرع في الأصل لإظهار الجلد والقوة لأهل

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٤٠

البلد، وهذا المعنى معدوم في أهل البلد، والحكم في من أحرم من مكة حكم أهل مكة؛ لما ذكرنا عن ابن عمر، ولأنه أحرم من مكة، أشبه أهل البلد. والمتمتع إذا أحرم بالحج من مكة، ثم عاد، وقلنا: يشرع في حقه طواف القدوم. لم يرمل فيه. قال أحمد: ليس على أهل مكة رمل عند البيت، ولا بين الصفا والمروة.

[مسألة إذا نسي المحرم الرمل فلا إعادة عليه]

(٢٤٦٠) مسألة: قال: (ومن نسي الرمل، فلا إعادة عليه) إنما كان كذلك لأن الرمل هيئة، فلا يجب بتركه إعادة، ولا شيء، كهيئات الصلاة، وكالاضطباع في الطواف. ولو تركه عمدا، لم يلزمه شيء أيضا. وهذا قول عامة الفقهاء، إلا ما حكي عن الحسن، والثوري، وعبد الملك بن الماجشون، أن عليه دما؛ لأنه نسك.

وقد جاء في حديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من ترك نسكا، فعليه دم» . ولنا، أنه هيئة غير واجبة، فلم يجب بتركها شيء، كالاضطباع، والخبر إنما يصح عن ابن عباس، وقد قال ابن عباس: من ترك الرمل، فلا شيء عليه. ثم هو مخصوص بما ذكرنا؛ ولأن طواف." [1]

"صلاة، فيشترط له الموالاة، كسائر الصلوات، أو نقول عبادة متعلقة بالبيت، فاشترطت لها الموالاة، كالصلاة، ويرجع في طول الفصل وقصره إلى العرف، من غير تحديد. وقد روي عن أبي عبد الله، رحمه الله، رواية أخرى، إذا كان له عذر يشغله، بنى، وإن قطعه من غير عذر، أو لحاجته، استقبل الطواف. وقال: إذا أعيا في الطواف، لا بأس أن يستريح. وقال الحسن غشي عليه، فحمل إلى أهله، فلما أفاق أتمه. قال أبو عبد الله: فإن شاء أتمه، وإن شاء استأنف؛ وذلك لأنه قطعه لعذر، فجاز البناء عليه، كما لو قطعه لصلاة.

[فصل الموالاة غير شرط في السعي بين الصفا والمروة]

(٢٤٩٣) فصل: فأما السعي بين الصفا والمروة، فظاهر كلام أحمد أن الموالاة غير مشترطة فيه، فإنه قال في رجل كان بين الصفا والمروة، فلقيه فإذا هو يعرفه، يقف، فيسلم عليه، ويسائله؟ قال: نعم، أمر الصفا سهل، إنما كان يكره الوقوف في الطواف بالبيت، فأما بين الصفا والمروة فلا بأس. وقال القاضي: تشترط الموالاة فيه، قياسا على الطواف. وحكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد. والأول أصح؛ فإنه نسك لا يتعلق

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٤٢

بالبيت، فلم تشترط له الموالاة، كالرمي والحلاق. وقد روى الأثرم، أن سودة بنت عبد الله بن عمر، امرأة عروة بن الزبير، سعت بين الصفا والمروة، فقضت طوافها في ثلاثة أيام، وكانت ضخمة. وكان عطاء لا يرى بأسا أن يستريح بينهما، ولا يصح قياسه على الطواف؛ لأن الطواف يتعلق بالبيت، وهو صلاة تشترط له الطهارة والستارة، فاشترطت له الموالاة، بخلاف السعي.

[مسألة أحدث في بعض طوافه]

(٢٤٩٤) مسألة: قال: (وإن أحدث في بعض طوافه، تطهر، وابتدأ الطواف، إذا كان فرضا) أما إذا أحدث عمدا فإنه يبتدئ الطواف؛ لأن الطهارة شرط له، فإذا أحدث عمدا أبطله، كالصلاة، وإن سبقه الحدث، ففيه روايتان: إحداهما، يبتدئ أيضا. وهو قول الحسن، ومالك، قياسا على الصلاة. والرواية الثانية، يتوضأ، ويبني. وبها قال الشافعي، وإسحاق. قال حنبل عن أحمد في من طاف ثلاثة أشواط أو أكثر: يتوضأ، فإن شاء بنى، وإن شاء استأنف. قال أبو عبد الله: يبني إذا لم يحدث حدثا إلا الوضوء، فإن عمل عملا غير ذلك، استقبل الطواف؛ وذلك لأن الموالاة تسقط عند العذر في إحدى الروايتين، وهذا معذور، فجاز البناء، وإن اشتغل بغير الوضوء، فقد ترك الموالاة لغير عذر، فلزمه الابتداء إذا كان الطواف فرضا، فأما المسنون، فلا يجب إعادته، كالصلاة المسنونة إذا بطلت.." [1]

"بن أيوب يقول: سمعت إبراهيم الحربي يقول، وسئل عن فسخ الحج، فقال: قال سلمة بن شبيب لأحمد بن حنبل: يا أبا عبد الله، كل شيء منك حسن جميل، إلا خلة واحدة. فقال: وما هي؟ قال تقول بفسخ الحج. فقال أحمد: قد كنت أرى أن لك عقلا، عندي ثمانية عشر حديثا صحاحا جيادا، كلها في فسخ الحج، أتركها لقولك

وقد روى فسخ الحج ابن عمر، وابن عباس، وجابر، وعائشة، وأحاديثهم متفق عليها. ورواه غيرهم، وأحاديثهم كلها صحاح. قال أحمد: روي الفسخ عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من حديث جابر، وعائشة، وأسماء، والبراء، وابن عمر، وسبرة الجهني، وفي لفظ حديث جابر، قال: «أهللنا أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالحج خالصا وحده، وليس معه عمرة، فقدم النبي - صلى الله عليه وسلم - صبح رابعة مضت من ذي الحجة، فلما قدمنا، أمرنا النبي - صلى الله عليه وسلم - أن نحل، قال: حلوا، وأصيبوا من النساء. قال: فبلغه عنا أنا نقول: لم يكن بيننا وبين عرفة إلا خمس ليال، أمرنا أن نحل إلى نسائنا،

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٥٧

فنأتي عرفة تقطر مذاكيرنا المني. قال: فقام رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: قد علمتم أني أتقاكم لله، وأصدقكم، وأبركم، ولولا هديي لحللت كما تحلون، فحلوا، ولو استقبلت من أمري ما استدبرت، ما أهديت. قال: فحللنا، وسمعنا، وأطعنا. قال فقال سراقة بن مالك بن جعشم المدلجي: متعتنا هذه يا رسول الله لعامنا هذا، أم للأبد؟ فظنه محمد بن بكر، أنه قال: للأبد» . متفق عليه. فأما حديثهم، فقال أحمد: روى هذا الحديث الحارث بن بلال، فمن الحارث بن بلال؟ يعني أنه مجهول. ولم يروه إلا الدراوردي، وحديث أبي ذر رواه مرقع الأسدي، فمن مرقع الأسدي، شاعر من أهل الكوفة، ولم يلق أبا ذر. فقيل له: أفليس قد روى الأعمش عن إبراهيم التيمي، عن أبيه، عن أبي ذر؟ قال: كانت متعة الحج لنا خاصة أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. قال: أفيقول بهذا أحد؟ المتعة في كتاب الله، وقد أجمع الناس على أنها جائزة. قال الجوزجاني: مرقع الأسدي ليس بمشهور، ومثل هذه الأحاديث في ضعفها وجهالة رواتها، لا تقبل إذا انفردت، فكيف تقبل في رد حكم ثابت بالتواتر، مع أن قول أبي ذر من رأيه، وقد خالفه من هو أعلم منه، وقد شذ به عن الصحابة، – رضي الله عنهم –، فلا يلتفت إلى هذا، وقد اختلف لفظه، ففي أصح الطريقين عنه قوله مخالف لكتاب الله تعالى، وقول رسول الله، وإجماع المسلمين، وسنن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – الثابتة الصحيحة، فلا يحل الاحتجاج به. وأما قياسهم في مقابلة قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فلا يقبل، على أن قياس الحج على العمرة في هذا لا يصح، فإنه يجوز قلب الحج إلى العمرة في حق من فاته الحج، ومن حصر عن عرفة، والعمرة لا تصير حجا بحال. ولأن فسخ الحج إلى العمرة يصير به متمتعا، فتحصل الفضيلة، وفسخ العمرة إلى الحج يفوت الفضيلة، ولا يلزم من مشروعية ما يحصل به الفضيلة مشروعية تفويتها.." (١)

"مخير بين أن يؤذن للأولى أو لا يؤذن. وكذا قال أحمد؛ لأن كلا مروي عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. والأذان أولى. وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي.

وقال مالك: يؤذن لكل صلاة. واتباع ما جاء في السنة أولى، وهو مع ذلك موافق للقياس، كما في سائر المجموعات والفوائت. وقول الخرقي: (فإن فاته مع الإمام صلى في رحله) . يعني أن المنفرد يجمع كما يجمع مع الإمام، فعله ابن عمر. وبه قال عطاء، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وصاحبا أبي حنيفة.

وقال النخعي، والثوري، وأبو حنيفة: لا يجمع إلا مع الإمام؛ لأن لكل صلاة وقتا محدودا، وإنما ترك ذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٦٠

في الجمع مع الإمام، فإذا لم يكن إمام، رجعنا إلى الأصل. ولنا، أن ابن عمر كان إذا فاته الجمع بين الظهر والعصر، مع الإمام بعرفة، جمع بينهما منفردا. ولأن كل جمع جاز مع الإمام جاز منفردا، كالجمع بين العشاءين بجمع. وقولهم: إنما جاز الجمع في الجماعة. لا يصح؛ لأنهم قد سلموا أن الإمام يجمع وإن كان منفردا.

[فصل السنة تعجيل الصلاة لمن بعرفة حين تزول الشمس]

(٢٥٠٧) فصل: والسنة تعجيل الصلاة حين تزول الشمس، وأن يقصر الخطبة، ثم يروح إلى الموقف؛ لما روى سالم، أنه قال للحجاج يوم عرفة: إن كنت تريد أن تصيب السنة، فقصر الخطبة، وعجل الصلاة. فقال ابن عمر: صدق. رواه البخاري. ولأن تطويل ذلك يمنع الرواح إلى الموقف في أول وقت الزوال، والسنة التعجيل في ذلك، فقد روى سالم، أن الحجاج أرسل إلى ابن عمر: أية ساعة كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يروح في هذا اليوم؟ فقال: إذا كان ذلك رحنا. فلما أراد ابن عمر أن يروح، قال: أزاغت الشمس؟ قالوا: لم تزغ. فلما قالوا: قد زاغت. ارتحل. رواه أبو داود.

وقال ابن عمر: غدا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – من منى حين صلى الصبح، صبيحة يوم عرفة، حتى أتى عرفة، فنزل بنمرة حتى إذا كان عند صلاة الظهر، راح رسول الله – صلى الله عليه وسلم – مهجرا، فجمع بين الظهر والعصر، ثم خطب الناس، ثم راح فوقف على الموقف من عرفة. وقد ذكرنا حديث جابر في هذا. قال ابن عبد البر: هذا كله لا خلاف فيه بين علماء المسلمين.

[فصل يجوز الجمع لكل من بعرفة]

فصل: ويجوز الجمع لكل من بعرفة، من مكي وغيره، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الإمام يجمع بين الظهر والعصر بعرفة، وكذلك من صلى مع الإمام. وذكر أصحابنا أنه لا يجوز الجمع إلا لمن بينه وبين وطنه ستة عشر فرسخا، إلحاقا له بالقصر. وليس بصحيح؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – جمع، فجمع معه من حضره من المكيين وغيرهم، ولم يأمرهم بترك الجمع، كما أمرهم بترك القصر حين قال: (أتموا، فإنا." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٦٦

"من جنس الأرض. ونحوه قال الثوري. وروي عن سكينة بنت الحسين، أنها رمت الجمرة ورجل يناولها الحصى، تكبر مع كل حصاة، وسقطت حصاة فرمت بخاتمها.

ولنا، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رمى بالحصى، وأمر بالرمي بمثل حصى الخذف» ، فلا يتناول غير الحصى، ويتناول جميع أنواعه، فلا يجوز تخصيصه بغير دليل، ولا إلحاق غيره به؛ لأنه موضع لا يدخل ال قياس فيه. (٢٥٣٢) فصل: وإن رمى بحجر أخذ من المرمي لم يجزه. وقال الشافعي: يجزئه؛ لأنه حصى، فيدخل في العموم.

ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أخذ من غير المرمي. وقال: «خذوا عني مناسككم» . ولأنه لو جاز الرمي بما رمي به، لما احتاج أحد إلى أخذ الحصى من غير مكانه، ولا تكسيره، والإجماع على خلافه، ولأن ابن عباس، قال: ما يقبل منها يرفع. وإن رمى بخاتم فضة حجرا، لم يجزه، في أحد الوجهين؛ لأنه تبع، والرمي بالمتبوع لا بالتابع.

[مسألة الاستحباب أن يغسل حصى الرمي]

(٢٥٣٣) مسألة: قال: (والاستحباب أن يغسله) اختلف عن أحمد في ذلك، فروي عنه أنه مستحب؛ لأنه روي عن ابن عمر أنه غسله، وكان طاوس يفعله، وكان ابن عمر يتحرى سنة النبي - صلى الله عليه وسلم -.

وعن أحمد: أنه لا يستحب. وقال: لم يبلغنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعله. وهذا الصحيح. وهو قول عطاء، ومالك، وكثير من أهل العلم، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما لقطت له الحصيات، وهو راكب على بعيره، يقبضهن في يده، لم يغسلهن، ولا أمر بغسلهن، ولا فيه معنى يقتضيه. فإن رمى بحجر نجس أجزأه؛ لأنه حصاة. ويحتمل أن لا يجزئه؛ لأنه يؤدي به العبادة، فاعتبرت طهارته، كحجر الاستجمار وتراب التيمم.

وإن غسله، ورمى به، أجزأه، وجها واحدا. وعدد الحصى سبعون حصاة، يرمي منها بسبع في يوم النحر، وسائرها في أيام منى، والله أعلم.

[مسألة جمرة العقبة]

(٢٥٣٤) مسألة: قال: (فإذا وصل إلى منى، رمى جمرة العقبة بسبع حصيات، يكبر في إثر كل حصاة، ولا يقف عندها) حد منى ما بين جمرة العقبة ووادي محسر، كذلك قال عطاء، والشافعي. وليس محسر

والعقبة من منى. ويستحب سلوك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – سلكها. كذا في حديث جابر. فإذا وصل منى بدأ بجمرة العقبة، وهي آخر الجمرات مما يلي منى، وأولها مما يلي مكة، وهي عند العقبة، وكذلك سميت جمرة العقبة فيرميها بسبع حصيات، يكبر مع كل حصاة، ويستبطن الوادي، ويستقبل القبلة، ثم ينصرف ولا يقف. وهذا بجملته قول من علمنا قوله." (١)

"وقال الحسن، وعطاء: لا يجب الترتيب. وهو قول أبي حنيفة؛ فإنه قال: إذا رمى منكسا يعيد، فإن لم يفعل أجزأه. واحتج بعضهم بما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من قدم نسكا بين يدي نسك، فلا حرج» . ولأنها مناسك متكررة، في أمكنة متفرقة، في وقت واحد، ليس بعضها تابعا لبعض، فلم يشترط الترتيب فيها، كالرمي والذبح.

ولنا، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – رتبها في الرمي، وقال: (خذوا عني مناسككم) ولأنه نسك متكرر، فاشترط الترتيب فيه، كالسعي. وحديثهم إنما جاء في من يقدم نسكا على نسك، لا في تقديم بعض النسك على بعض. و قياسهم يبطل بالطواف والسعي. فصل: وإن ترك الوقوف عندها والدعاء، ترك السنة، ولا شيء عليه. وبذلك قال الشافعي، وأبو حنيفة، وإسحاق، وأبو ثور، ولا نعلم فيه مخالفا، إلا الثوري.

قال: يطعم شيئا، وإن أراق دما أحب إلي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – فعله، فيكون نسكا. ولنا، أنه دعاء ووقوف مشروع له، فلم يجب بتركه شيء، كحالة رؤية البيت، وكسائر الأدعية، ولأنها إحدى الجمرات، فلم يجب الوقوف عندها والدعاء، كالأولى، والنبي – صلى الله عليه وسلم – يفعل الواجبات والمندوبات، وقد ذكرنا الدليل على أن هذا ندب.

[فصل لا ينقص في الرمي عن سبع حصيات]

(٢٥٧٢) فصل: والأولى أن لا ينقص في الرمي عن سبع حصيات؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – رمى بسبع حصيات. فإن نقص حصاة أو حصاتين، فلا بأس، ولا ينقص أكثر من ذلك. نص عليه. وهو قول مجاهد، وإسحاق. وعنه: إن رمى بست ناسيا: فلا شيء عليه، ولا ينبغي أن يتعمده، فإن تعمد ذلك، تصدق بشيء. وكان ابن عمر يقول: ما أبالي رميت بست أو سبع. وقال ابن عباس: ما أدري رماها النبي – صلى الله عليه وسلم – بست أو سبع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٨٠

وعن أحمد، أن عدد السبع شرط. ونسبه إلى مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – رمى بسبع. وقال أبو حية: لا بأس بما رمى به الرجل من الحصى. فقال عبد الله بن عمرو: صدق أبو حية. وكان أبو حية بدريا. ووجه الرواية الأولى ما روى ابن أبي نجيح، قال: سئل طاوس عن رجل ترك حصاة؟ قال: يتصدق بتمرة أو لقمة. فذكرت ذلك لمجاهد، فقال: إن أبا عبد الرحمن لم يسمع قول سعد، قال سعد: رجعنا من الحجة مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بعضنا يقول: رميت بست وبعضنا يقول: بسبع فلم يعب ذلك بعضنا على بعض رواه الأثرم، وغيره ومتى أخل بحصاة واجبة من الأولى، لم." (١)

"[فصل إذا أخر رمي يوم إلى ما بعده أو أخر الرمي كله إلى آخر أيام التشريق]

(٢٥٧٤) فصل: إذا أخر رمي يوم إلى ما بعده، أو أخر الرمي كله إلى آخر أيام التشريق ترك السنة، ولا شيء عليه، إلا أنه يقدم بالنية رمي اليوم الأول ثم الثاني ثم الثالث. وبذلك قال الشافعي وأبو ثور. وقال أبو حنيفة: إن ترك حصاة أو حصاتين أو ثلاثا إلى الغد رماها، وعليه لكل حصاة نصف صاع، وإن ترك أربعا رماها، وعليه دم. ولنا، أن أيام التشريق وقت للرمي، فإذا أخره من أول وقته إلى آخره لم يلزمه شيء، كما لو أخر الوقوف بعرفة إلى آخر وقته، ولأنه وقت يجوز الرمي فيه، فجاز لغيرهم كاليوم الأول.

قال القاضي: ولا يكون رميه في اليوم الثاني قضاء؛ لأنه وقت واحد. وإن كان قضاء فالمراد به الفعل، كقوله: (ثم ليقضوا تفثهم) . وقولهم: قضيت الدين. والحكم في رمي جمرة العقبة إذا أخرها، كالحكم في رمي أيام التشريق، في أنها إذا لم ترم يوم النحر رميت من الغد. وإنما قلنا: يلزمه الترتيب بنيته؛ لأنها عبادات يجب الترتيب فيها، مع فعلها في أيامها، فوجب ترتيبها مجموعة، كالصلاتين المجموعتين والفوائت.

[مسألة يستحب الصلاة في مسجد منى مع الإمام]

(٢٥٧٥) مسألة: قال: (ويستحب أن لا يدع الصلاة في مسجد منى مع الإمام) يعني مسجد الخيف؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه كانوا يصلون بمنى «قال ابن مسعود: صليت مع النبي – صلى الله عليه وسلم – بمنى ركعتين، ومع أبي بكر وعمر، وعثمان ركعتين صدرا من إمارته» .

وهذا إذا كان الإمام مرضيا، فإن لم يكن مرضيا صلى المرء برفقته في رحله. فصل: ويستحب أن يخطب الإمام، في اليوم الثاني من أيام التشريق خطبة يعلم الناس فيها حكم التعجيل والتأخير، وتوديعهم. وبهذا قال

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠٠

الشافعي، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة لا يستحب، قياسا على اليومين الآخرين. ولنا، ما روي عن «رجلين من بني بكر، قالا: رأينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يخطب بين أوساط أيام التشريق، ونحن عند راحلته» رواه أبو داود. وعن سراء بنت نبهان، قالت: «خطبنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم الرءوس، فقال: أي يوم هذا؟ . قلنا: الله ورسوله أعلم. قال: أليس أوسط أيام التشريق؟» . روى الدارقطني بإسناده عن عبد العزيز بن الربيع بن سبرة، عن أبيه، عن جده، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خطب أوسط أيام التشريق. يعني يوم النفر الأول. ولأن بالناس حاجة إلى أن يعلمهم كيف يتعجلون، وكيف يودعون، بخلاف اليوم الأول.»." (١)

"حتى يودع البيت بطواف سبع، وهو واجب، من تركه لزمه دم. وبذلك قال الحسن، والحكم وحماد، والثوري، وإسحاق، وأبو ثور وقال الشافعي في قول له: لا يجب بتركه شيء؛ لأنه يسقط عن الحائض، فلم يكن واجبا، كطواف القدوم، ولأنه كتحية البيت، أشبه طواف القدوم. ولنا، ما روى ابن عباس، قال: «أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت، إلا أنه خفف عن المرأة الحائض» متفق عليه.
ولمسلم، قال: كان الناس ينصرفون كل وجه، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا ينفر أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت» . وليس في سقوطه عن المعذور ما يجوز سقوطه لغيره، كالصلاة تسقط عن الحائض، وتجب على غيرها، بل تخصيص الحائض بإسقاطه عنها دليل على وجوبه على غيرها، إذ لو كان ساقطا عن الكل لم يكن لتخصيصها بذلك معنى. وإذا ثبت وجوبه، فإنه ليس بركن، بغير خلاف، ولذلك سقط عن الحائض، ولم يسقط طواف الزيارة، ويسمى طواف الوداع؛ لأنه لتوديع البيت، وطواف الصدر؛ لأنه عند صدور الناس من مكة. ووقته بعد فراغ المرء من جميع أموره؛ ليكون آخر عهده بالبيت، على ما جرت به العادة في توديع المسافر إخوانه وأهله، ولذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: " حتى يكون آخر عهده بالبيت ".

[فصل لا وداع على من كان منزله في الحرم كالمكي]

(٢٥٨٠) فصل: ومن كان منزله في الحرم فهو كالمكي، لا وداع عليه. ومن كان منزله خارج الحرم، قريبا منه، فظاهر كلام الخرقي أنه لا يخرج حتى يودع البيت. وهذا قول أبي ثور و قياس قول مالك. ذكره ابن القاسم. وقال أصحاب الرأي، في أهل بستان ابن عامر، وأهل المواقيت: إنهم بمنزلة أهل مكة في طواف

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠٢

الوداع، لأنهم معدودون من حاضري المسجد الحرام، بدليل سقوط دم المتعة عنهم.
ولنا، عموم قوله - صلى الله عليه وسلم -: " لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت ". ولأنه خارج من مكة، فلزمه التوديع، كالبعيد.

[فصل أخر طواف الزيارة فطافه عند الخروج]
(٢٥٨١) فصل: فإن أخر طواف الزيارة، فطافه عند الخروج، ففيه روايتان: إحداهما، يجزئه عن طواف الوداع، لأنه أمر أن يكون آخر عهده بالبيت، وقد فعل، ولأن ما شرع لتحية المسجد أجزأ عنه الواجب من جنسه، كتحية المسجد بركعتين تجزئ عنهما المكتوبة. وعنه، لا يجزئه عن طواف الوداع؛ لأنهما عبادتان واجبتان، فلم تجز إحداهما عن الأخرى، كالصلاتين الواجبتين.

[مسألة طاف للوداع ثم اشتغل بتجارة أو إقامة]
(٢٥٨٢) مسألة: قال: (فإن ودع واشتغل في تجارة، عاد فودع)." [1]
"سقوطه، وال قياس منتقض بصوم الظهار إذا قدم المسيس عليه، والجمعة ليست بدلا، وإنما هي الأصل، وإنما سقطت لأن الوقت جعل شرطا لها كالجماعة. إذا ثبت هذا، فإنه يصوم أيام منى.
وهذا قول ابن عمر، وعائشة، وعروة، وعبيد بن عمير، والزهري، ومالك، والأوزاعي، وإسحاق، والشافعي في القديم؛ لما روى ابن عمر، وعائشة، قالا: «لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدي» . رواه البخاري. وهذا ينصرف إلى ترخيص النبي - صلى الله عليه وسلم -. ولأن الله تعالى أمر بصيام الثلاثة في الحج، ولم يبق من أيام الحج إلا هذه الأيام، فيتعين الصوم فيها. فإذا صام هذه الأيام، فحكمه حكم من صام قبل يوم النحر.
وعن أحمد رواية أخرى، لا يصوم أيام منى. روي ذلك عن علي، والحسن، وعطاء. وهو قول ابن المنذر لأن «النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن صوم ستة أيام، ذكر منها أيام التشريق» ، وقال - عليه السلام -: «إنها أيام أكل وشرب» . ولأنها لا يجوز فيها صوم النفل، فلا يصومها عن الهدي، كيوم النحر. فعلى هذه الرواية، يصوم بعد ذلك عشرة أيام. وكذلك الحكم إذا قلنا: يصوم أيام منى فلم يصمها. واختلفت الرواية عن أحمد في وجوب الدم عليه، فعنه عليه دم؛ لأنه أخر الواجب من مناسك الحج عن

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠٤

وقته، فلزمه دم، كرمي الجمار، ولا فرق بين المؤخر لعذر، أو لغيره، لما ذكرنا.
وقال القاضي: إن أخره لعذر، ليس عليه إلا قضاؤه؛ لأن الدم الذي هو المبدل، لو أخره لعذر، لا دم عليه لتأخيره، فالبدل أولى. وروي عن أحمد لا يلزمه مع الصوم دم بحال. وهذا اختيار أبي الخطاب، ومذهب الشافعي؛ لأنه صوم واجب، يجب القضاء بفواته، كصوم رمضان. فأما الهدي الواجب، إذا أخره لعذر، مثل أن ضاعت نفقته، فليس عليه إلا قضاؤه، كسائر الهدايا الواجبة.
وإن أخره لغير عذر، ففيه روايتان: إحداهما، ليس عليه إلا قضاؤه، كسائر الهدايا. والأخرى، عليه هدي آخر؛ لأنه نسك مؤقت، فلزم الدم بتأخيره عن وقته، كرمي الجمار. وقال أحمد: من تمتع، فلم يهد إلى قابل، يهدي هديين. كذا قال ابن عباس.

[فصل إذا صام عشرة أيام لم يلزمه التفريق بين الثلاثة والسبعة]
(٢٦١١) فصل: وإذا صام عشرة أيام، لم يلزمه التفريق بين الثلاثة والسبعة. وقال أصحاب الشافعي: عليه التفريق؛ لأنه وجب من حيث الفعل، وما وجب التفريق فيه من حيث الفعل، لم يسقط بفوات وقته، كأفعال الصلاة من الركوع والسجود.
ولنا، أنه صوم واجب، في زمن يصح الصوم فيه، فلم يجب تفريقه، كسائر الصوم. ولا نسلم وجوب التفريق في الأداء، فإنه إذا صام أيام منى، وأتبعها السبعة، فما حصل التفريق. وإن سلمنا وجوب التفريق في الأداء، فإن كان من حيث الوقت، فإذا فات الوقت سقط، كالتفريق بين الصلاتين.." (١)
"[فصل إدخال العمرة على الحج]
(٢٦١٨) فصل: فأما إدخال العمرة على الحج، فغير جائز، فإن فعل لم يصح، ولم يصر قارنا. روي ذلك عن علي. وبه قال مالك، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة: يصح، ويصير قارنا؛ لأنه أحد النسكين، فجاز إدخاله على الآخر، قياسا على إدخال الحج على العمرة.
ولنا، ما روى الأثرم، بإسناده عن عبد الرحمن بن نصر، عن أبيه، قال: خرجت أريد الحج، فقدمت المدينة، فإذا علي قد خرج حاجا، فأهللت بالحج، ثم خرجت، فأدركت عليا في الطريق، وهو يهل بعمرة وحجة، فقلت: يا أبا الحسن، إنما خرجت من الكوفة لأقتدي بك، وقد سبقتني، فأهللت بالحج، أفأستطيع أن أدخل معك فيما أنت فيه؟ قال: لا، إنما ذلك لو كنت أهللت بعمرة. ولأن إدخال العمرة على الحج لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤١٩

يفيده إلا ما أفاده العقد الأول، فلم يصح، كما لو استأجره على عمل، ثم استأجره عليه ثانيا في المدة، وعكسه إدخال الحج على العمرة.

[مسألة الوطء قبل رمي جمرة العقبة]

(٢٦١٩) مسألة: قال: (ومن وطئ قبل رمي جمرة العقبة، فقد فسد حجهما، وعليه بدنة إن كان استكرهها، ولا دم عليها) (٢٦٢٠) وفي هذه المسألة ثلاثة فصول: الفصل الأول، أن الوطء قبل جمرة العقبة يفسد الحج، ولا فرق بين ما قبل الوقوف وبعده. وبهذا قال مالك، والشافعي.

وقال أصحاب الرأي: إن وطئ بعد الوقوف لم يفسد حجه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أدرك عرفة فقد تم حجه» . ولأنه أمن الفوات، فأمن الفساد، كما بعد التحلل الأول.

ولنا، أن رجلا سأل ابن عباس وعبد الله بن عمرو، فقال: وقعت بأهلي ونحن محرمان. فقالا له: أفسدت حجك. ولم يستفصلوا السائل. رواه الأثرم. ولأنه وطء صادف إحراما تاما فأفسده، كقبل الوقوف، ويخالف ما بعد التحلل الأول، فإن الإحرام غير تام، والمراد من الخبر الأمن من الفوات، ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد، وبدليل العمرة يأمن فواتها ولا يأمن فسادها. قال أحمد: لا أعلم أحدا قال: إن حجه تام.

غير أبي حنيفة، يقول: الحج عرفات، فمن وقف بها فقد تم حجه. وإنما هذا مثل قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أدرك ركعة من الصلاة، فقد أدرك الصلاة» . أي أدرك فضل الصلاة، ولم تفته، كذلك الحج. إذا ثبت هذا، فإنه يفسد حجهما جميعا؛ لأن الجماع وجد منهما، وسواء في ذلك الناسي والعامد، والمستكرهة والمطاوعة، والمستيقظة، عالما كان الرجل أو جاهلا. وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا يفسد حج الناسي؛ لأنه معذور.." (١)

"ولنا، أنه معنى يوجب القضاء، فاستوت فيه الأحوال كلها كالفوات، ولا فرق بين ما بعد يوم النحر أو قبله؛ لأنه وطئ قبل التحلل الأول، ففسد حجه، كما لو وطئ يوم النحر. (٢٦٢١) الفصل الثاني، أنه يلزمه بدنة. وبهذا قال مالك، والشافعي.

وقال أبو حنيفة: إن وطئ قبل الوقوف فسد حجه وعليه شاة، وإن وطئ بعده لم يفسد حجه، وعليه بدنة؛ لأن الوطء قبل الوقوف معنى يتعلق به وجوب القضاء، فلم يوجب بدنة، كالفوات. ولنا، أنه قد روي عن عمر وابن عباس مثل قولنا، ولأنه وطء صادف إحراما تاما، فأوجب البدنة، كما بعد الوقوف، ولأن ما يفسد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٣/٣

الحج الجناية به أعظم، فكفارته يجب أن تكون أغلظ.

وأما الفوات، فإنهم يوجبون به بدنة، فكيف يصح ال قياس عليه؟ الفصل الثالث، أنه لا دم عليها في حال الإكراه. وهو قول عطاء، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور.

وقال أصحاب الرأي: عليها دم آخر؛ لأنه قد فسد حجها، فوجبت البدنة، كما لو طاوعت. ولنا، أنها كفارة تجب بالجماع، فلم تجب على المرأة في حال الإكراه، كما لو وطئ في الصوم.

[فصل الوطء قبل التحلل من العمرة]

(٢٦٢٣) فصل: ومن وطئ قبل التحلل من العمرة، فسدت عمرته، وعليه شاة مع القضاء. وقال الشافعي: عليه القضاء وبدنة؛ لأنها عبادة تشتمل على طواف وسعي، فأشبهت الحج. وقال أبو حنيفة إن وطئ قبل أن يطوف أربعة أشواط كقولنا، وإن وطئ بعد ذلك فعليه شاة، ولا تفسد عمرته.

ولنا على الشافعي، أنها عبادة لا وقوف فيها، فلم يجب فيها بدنة، كما لو قرنها بالحج، ولأن العمرة دون الحج، فيجب أن يكون حكمها دون حكمه، وبهذا يخرج الحج.

ولنا على أبي حنيفة، أن الجماع من محظورات الإحرام، فاستوى فيه ما قبل الطواف وبعده، كسائر المحظورات، ولأنه وطء صادف إحراما تاما فأفسده، كما قبل الطواف.

[فصل أفسد القارن والمتمتع نسكهما]

(٢٦٢٤) فصل: إذا أفسد القارن والمتمتع نسكهما، لم يسقط الدم عنهما. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يسقط. وعن أحمد مثله؛ لأنه لم يحصل له الترفه بسقوط أحد السفرين.

ولنا، أن ما وجب في النسك الصحيح وجب في الفاسد، كالأفعال، ولأنه دم وجب عليه، فلا يسقط بالإفساد، كالدم الواجب لترك الميقات.." (١)

"قالوا: يجزئ من البر نصف صاع لكل مسكين، ومن التمر والشعير صاع صاع. واتباع السنة أولى.

[فصل يجزئ البر والشعير والزبيب في فدية الحج]

(٢٦٤٥) فصل: ويجزئ البر والشعير والزبيب في الفدية؛ لأن كل موضع أجزأ فيه التمر أجزأ فيه ذلك، كالفطرة، وكفارة اليمين. وقد روى أبو داود، في حديث كعب بن عجرة، قال: «فدعاني رسول الله - صلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٢٤

الله عليه وسلم – فقال لي: احلق رأسك، وصم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين فرقا من زبيب. أو انسك شاة.» رواه أبو داود.

ولا يجزئ من هذه الأصناف أقل من ثلاثة آصع، إلا البر، ففيه روايتان: إحداهما، مد من بر لكل مسكين، مكان نصف صاع من غيره، كما في كفارة اليمين. والثانية، لا يجزئ إلا نصف صاع؛ لأن الحكم ثبت فيه بطريق التنبيه أو ال قياس، والفرع يماثل أصله ولا يخالفه. وبهذا قال مالك، والشافعي.

[فصل حلق المحرم مرة ثم كرر الحلق]

(٢٦٤٦) فصل: وإذا حلق ثم حلق، فالواجب فدية واحدة، ما لم يكفر عن الأول قبل فعل الثاني، فإن كفر عن الأول ثم حلق ثانيا، فعليه للثاني كفارة أيضا. وكذلك الحكم فيما إذا لبس ثم لبس، أو تطيب ثم تطيب، أو كرر من محظورات الإحرام اللاتي لا يزيد الواجب فيها بزيادتها، ولا يتقدر بقدرها، فأما ما يتقدر الواجب بقدره، وهو إتلاف الصيد، ففي كل واحد منها جزاؤه، وسواء فعله مجتمعا أو متفرقا، ولا تداخل فيه، ففعل المحظورات متفرقا كفعلها مجتمعة في الفدية، ما لم يكفر عن الأول قبل فعل الثاني.

وعن أحمد أنه إن كرره لأسباب، مثل أن لبس للبرد، ثم لبس للحر، ثم لبس للمرض، فكفارات، وإن كان لسبب واحد، فكفارة واحدة. وقد روى عنه الأثرم، في من لبس قميصا وجبة وعمامة وغير ذلك، لعلة واحدة، قلت له: فإن اعتل فلبس جبة، ثم برئ، ثم اعتل فلبس جبة؟ فقال: هذا الآن عليه كفارتان.

وعن الشافعي كقولنا. وعنه: لا يتداخل. وقال مالك: تتداخل كفارة الوطء دون غيره. وقال أبو حنيفة: إن كرره في مجلس واحد فكفارة واحدة، وإن كان في مجالس فكفارات؛ لأن حكم المجلس الواحد حكم الفعل الواحد، بخلاف غيره.

ولنا، أن ما يتداخل إذا كان بعضه عقيب بعض يجب أن يتداخل، وإن تفرق كالحدود وكفارة الأيمان، ولأن الله تعالى أوجب في حلق الرأس فدية واحدة، ولم يفرق بين ما وقع في دفعة أو في دفعات، والقول بأنه لا يتداخل غير صحيح، فإنه إذا حلق رأسه لا يمكن إلا شيئا بعد شيء.." (١)

"[فصل جزاء صيد الحرم]

(٢٦٤٧) فصل: فأما جزاء الصيد فلا يتداخل، ويجب في كل صيد جزاؤه، سواء وقع متفرقا أو في حال واحدة. وعن أحمد، أنه يتداخل، قياسا على سائر المحظورات. ولا يصح؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فجزاء

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٣١

مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] . ومثل الصيدين لا يكون مثل أحدهما، ولأنه لو قتل صيدين دفعة واحدة، وجب جزاؤهما، فإذا تفرقا أولى أن يجب؛ لأن حالة التفريق لا تنقص عن حالة الاجتماع كسائر المحظورات.

[فصل حلق المحرم رأس حلال أو قلم أظفاره]

(٢٦٤٨) فصل: إذا حلق المحرم رأس حلال، أو قلم أظفاره، فلا فدية عليه. وبذلك قال عطاء، ومجاهد، وعمرو بن دينار، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. وقال سعيد بن جبير، في محرم قص شارب حلال: يتصدق بدرهم. وقال أبو حنيفة: يلزمه صدقة؛ لأنه أتلف شعر آدمي، فأشبه شعر المحرم.

ولنا، أنه شعر مباح الإتلاف، فلم يجب بإتلافه شيء، كشعر بهيمة الأنعام.

[فصل حلق محرم رأس محرم بإذنه]

(٢٦٤٩) فصل: وإن حلق محرم رأس محرم بإذنه، فالفدية على من حلق رأسه. وكذلك إن حلقه حلال بإذنه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم﴾ [البقرة: ١٩٦] . وقد علم أن غيره هو الذي يحلقه، فأضاف الفعل إليه، وجعل الفدية عليه.

وإن حلقه مكرها أو نائما، فلا فدية على المحلوق رأسه. وبهذا قال إسحاق، وأبو ثور، وابن القاسم صاحب مالك، وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة: على المحلوق رأسه الفدية. وعن الشافعي كالمذهبين. ولنا، أنه يحلق رأسه ولم يحلق بإذنه، فأشبه ما لو انقطع الشعر بنفسه. إذا ثبت هذا فإن الفدية على الحالق، حراما كان أو حلالا.

وقال أصحاب الرأي: على الحلال صدقة. وقال عطاء: عليهما الفدية. ولنا، أنه أزال ما منع من إزالته لأجل الإحرام، فكانت عليه فديته، كالمحرم يحلق رأس نفسه.

[فصل قلع المحرم جلدة عليها شعر]

(٢٦٥٠) فصل: إذا قلع جلدة عليها شعر، فلا فدية عليه؛ لأنه زال تابعا لغيره، والتابع لا يضمن، كما لو قلع أشفار عيني إنسان، فإنه لا يضمن أهدابهما.

[فصل خلل المحرم شعره فسقطت شعرة]

(٢٦٥١) فصل: وإذا خلل شعره فسقطت شعرة، فإن كانت ميتة فلا فدية فيها، وإن كانت من شعره النابت ففيها الفدية، وإن شك فيها فلا فدية فيها؛ لأن الأصل نفي الضمان إلى أن يحصل يقين.." [1]

"[مسألة إذا حلق المحرم دون الأربع]

(٢٦٥٢) مسألة: قال: (وفي كل شعرة من الثلاث مد من طعام) يعني إذا حلق دون الأربع، فعليه في كل شعرة مد من طعام. وهذا قول الحسن، وابن عيينة، والشافعي فيما دون الثلاث.

وعن أحمد، في الشعرة درهم، وفي الشعرتين درهمان. وعنه، في كل شعرة قبضة من طعام. وروي ذلك عن عطاء، ونحوه عن مالك، وأصحاب الرأي. قال مالك عليه فيما قل من الشعر إطعام طعام.

وقال أصحاب الرأي: يتصدق بشيء لأنه لا تقدير فيه، فيجب فيه أقل ما يقع عليه اسم الصدقة. وعن مالك، في من أزال شعرا يسيرا: لا ضمان عليه؛ لأن النص إنما أوجب الفدية في حلق الرأس كله، فألحقنا به ما يقع عليه اسم الرأس.

ولنا، أن ما ضمنت جملته ضمنت أبعاضه، كالصيد، والأولى أن يجب الإطعام؛ لأن الشارع إنما عدل عن الحيوان إلى الإطعام في جزاء الصيد، وها هنا أوجب الإطعام مع الحيوان على وجه التخيير، فيجب أن يرجع إليه فيما لا يجب فيه الدم، ويجب مد؛ لأنه أقل ما وجب بالشرع فدية، فكان واجبا في أقل الشعر، والطعام الذي يجزئ فيه إخراجه، وهو ما يجزئ في حلق الرأس ابتداء من البر والشعير والتمر والزبيب، كالذي يجب في الأربع.

[فصل من أبيح له حلق رأسه لأذى به فهو مخير في الفدية قبل الحلق وبعده]

(٢٦٥٣) فصل: ومن أبيح له حلق رأسه لأذى به، فهو مخير في الفدية قبل الحلق وبعده. نص عليه أحمد؛ لما روي أن الحسين بن علي اشتكى رأسه، فأتى علي فقيل له: هذا الحسين يشير إلى رأسه. فدعا بجزور فنحرها، ثم حلقه وهو بالسعياء. رواه أبو إسحاق الجوزجاني. ولأنها كفارة، فجاز تقديمها على وجوبها، ككفارة الظهار واليمين.

[مسألة المحرم ممنوع من أخذ أظفاره]

(٢٦٥٤) مسألة: قال: (وكذلك الأظفار) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المحرم ممنوع من أخذ

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٣٢

أظفاره، وعليه الفدية بأخذها في قول أكثرهم. وهو قول حماد، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن عطاء وعنه: لا فدية عليه؛ لأن الشرع لم يرد فيه بفدية

ولنا، أنه أزال ما منع إزالته لأجل الترفه، فوجبت عليه الفدية، كحلق الشعر. وعدم النص فيه لا يمنع قياسه عليه، كشعر البدن مع شعر الرأس والحكم في فدية الأظفار كالحكم في فدية الشعر سواء، في أربعة منها دم وعنه في ثلاثة دم. وفي الظفر الواحد مد من طعام، وفي الظفرين مدان، على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف فيه. وقول الشافعي وأبي ثور كذلك.

وقال أبو حنيفة: لا يجب الدم إلا بتقليم أظفار يد كاملة، حتى لو قلم من كل يد أربعة لا يجب عليه الدم؛ لأنه لم يستكمل منفعة اليد، أشبه الظفر والظفرين.." (١)

"والرواية الثانية، لا كفارة في الخطأ. وهو قول ابن عباس، وسعيد بن جبير، وطاوس، وابن المنذر، وداود؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ومن قتله منكم متعمدا﴾ [المائدة: ٩٥] . فدليل خطابه، أنه لا جزاء على الخاطئ؛ لأن الأصل براءة ذمته، فلا يشغلها إلا بدليل، ولأنه محظور للإحرام لا يفسده، فيجب التفريق بين خطئه وعمده، كاللبس والطيب.

ووجه الأولى قول جابر: «جعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الضبع يصيده المحرم كبشا.» وقال - عليه السلام - «في بيض النعام يصيبه المحرم: ثمنه» . ولم يفرق. رواهما ابن ماجه. ولأنه ضمان إتلاف فاستوى عمده وخطؤه كمال الآدمي.

[الفصل الثالث الجزاء لا يجب إلا على المحرم]

(٢٦٦٧) الفصل الثالث، أن الجزاء لا يجب إلا على المحرم، ولا فرق بين إحرام الحج وإحرام العمرة؛ لعموم النص فيهما. ولا خلاف في ذلك. ولا فرق بين الإحرام بنسك واحد، وبين الإحرام بنسكين، وهو القارن؛ لأن الله تعالى لم يفرق بينهما.

[الفصل الرابع الجزاء لا يجب إلا بقتل الصيد]

(٢٦٦٨) الفصل الرابع، أن الجزاء لا يجب إلا بقتل الصيد؛ لأنه الذي ورد به النص بقوله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد﴾ [المائدة: ٩٥] . والصيد ما جمع ثلاثة أشياء، وهو أن يكون مباحا أكله، لا مالك له،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٣٣

ممتنعا. فيخرج بالوصف الأول كل ما ليس بمأكول لا جزاء فيه، كسباع البهائم، والمستخبث من الحشرات، والطير، وسائر المحرمات. قال أحمد: إنما جعلت الكفارة في الصيد المحلل أكله.

وقال: كل ما يؤذي إذا أصابه المحرم يؤكل لحمه. وهذا قول أكثر أهل العلم، إلا أنهم أوجبوا الجزاء في المتولد بين المأكول وغيره، كالسبع المتولد من الضبع والذئب، تغليبا لتحريم، قتله، كما علقوا التحريم في أكله. وقال بعض أصحابنا: في أم حبين جدي. وأم حبين: دابة منتفخة البطن.

وهذا خلاف ال قياس؛ فإن أم حبين لا تؤكل، لكونها مستخبثة عند العرب. حكي أن رجلا من العرب سئل ما تأكلون؟ قال: ما دب ودرج، إلا أم حبين. فقال السائل: ليهن أم حبين العافية. وإنما تبعوا فيها قضية عثمان – رضي الله عنه – فإنه قضى فيها بحلان، وهو الجدي. والصحيح أنه لا شيء فيها.

وفي القمل روايتان، ذكرناهما فيما مضى والصحيح، أنه لا شيء فيه؛ لأنه غير مأكول، وهو من المؤذيات، ولا مثل له ولا قيمة. قال ميمون بن مهران: كنت عند عبد الله بن عباس، فسأله رجل، فقال: أخذت قملة فألقيتها، ثم طلبتها فلم أجدها. فقال ابن عباس: تلك ضالة لا تبتغي.

وقال القاضي: إنما الروايتان فيما أزاله من شعره، فأما ما ألقاه من ظاهر بدنه أو ثوبه، فلا شيء عليه، رواية." (١)

"واحدة. ومن أوجب فيه الجزاء قال: أي شيء تصدق به فهو خير. واختلفت الرواية في الثعلب، فعنه: فيه الجزاء. وبه قال طاوس، وقتادة، ومالك، والشافعي. وقال: هو صيد يؤكل، وفيه الجزاء.

وعن أحمد: لا شيء فيه. وهو قول الزهري، وعمرو بن دينار، وابن أبي نجيح، وابن المنذر. واختلف فيه عن عطاء؛ لأنه سبع، وقد «نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن كل ذي ناب من السباع» . وإذا أوجبنا فيه الجزاء، ففيه شاة؛ لأنه روي ذلك عن عطاء. واختلفت الرواية في السنور، أهليا كان أو وحشيا والصحيح أنه لا جزاء فيه. وهو اختيار القاضي؛ لأنه سبع، وليس بمأكول.

وقال الثوري، وإسحاق: في الوحشي حكومة، ولا شيء في الأهلي؛ لأن الصيد ما كان وحشيا. واختلفت الرواية في الهدهد والصرد؛ لاختلاف الروايتين في إباحتهما، وكل ما اختلف في إباحته يختلف في جزائه، فأما ما يحرم، فالصحيح أنه لا جزاء فيه؛ لأنه مخالف لل قياس، ولا نص فيه. الوصف الثاني، أن يكون وحشيا، وما ليس بوحشي لا يحرم على المحرم ذبحه ولا أكله، كبهيمة الأنعام كلها، والخيل، والدجاج، ونحوها. لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا، والاعتبار في ذلك بالأصل. لا بالحال، فلو استأنس الوحشي

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٣٩

وجب فيه الجزاء، وكذلك وجب الجزاء في الحمام أهليه ووحشيه، اعتبارا بأصله.
ولو توحش الأهلي لم يجب فيه شيء. قال أحمد، في بقرة صارت وحشية: لا شيء فيها؛ لأن الأصل فيها الإنسي. وإن تولد من الوحشي والأهلي ولد، ففيه الجزاء، تغليبا للتحريم، كقولنا في المتولد بين المباح والمحرم. واختلفت الرواية في الدجاج السندي، هل فيه جزاء؟ على روايتين. وروى مهنا، عن أحمد، في البط، يذبحه المحرم إذا لم يكن صيدا. والصحيح أنه يحرم عليه ذبحه، وفيه الجزاء؛ لأن الأصل فيه الوحشي، فهو كالحمام.

[الفصل الخامس الجزاء يجب في صيد البر دون صيد البحر]
(٢٦٦٩) الفصل الخامس، أن الجزاء إنما يجب في صيد البر دون صيد البحر، بغير خلاف؛ لقول الله تعالى ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما﴾ [المائدة: ٩٦] قال ابن عباس: طعامه ما لفظه. ولا فرق بين حيوان البحر الملح وبين ما في الأنهار والعيون، فإن اسم البحر يتناول الكل، قال الله تعالى ﴿وما يستوي البحران هذا عذب فرات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طريا﴾ [فاطر: ١٢] .
ولأن الله تعالى قابله بصيد البر، بقوله ﴿وحرم عليكم صيد البر﴾ [المائدة: ٩٦] . فدل على أن ما ليس من صيد البر فهو من صيد البحر، وحيوان البحر ما كان يعيش في الماء، ويفرخ ويبيض فيه، فإن كان مما لا يعيش إلا في الماء كالسمك ونحوه، فهذا مما لا خلاف فيه، وإن كان مما يعيش في البر، كالسلحفاة والسرطان، فهو كالسمك، لا جزاء فيه.
وقال عطاء: فيه الجزاء، وفي الضفدع وكل ما يعيش في البر.." (١)

"عمر فيه ببقرة. وحكم عمر وعلي في الظبي بشاة. وإذا حكموا بذلك في الأزمنة المختلفة، والبلدان المتفرقة، دل ذلك على أنه ليس على وجه القيمة، ولأنه لو كان على وجه القيمة لاعتبروا صفة المتلف التي تختلف بها القيمة، إما برؤية أو إخبار، ولم ينقل عنهم السؤال عن ذلك حال الحكم، ولأنهم حكموا في الحمام بشاة، ولا يبلغ قيمة شاة في الغالب.
إذا ثبت هذا، فليس المراد حقيقة المماثلة، فإنها لا تتحقق بين النعم والصيد، لكن أريدت المماثلة من حيث الصورة. والمتلف من الصيد قسمان؛ أحدهما، قضت فيه الصحابة، فيجب فيه ما قضت. وبهذا قال

---

(١) المغني لابن قد ا مة ٣/٤٤٠

عطاء، والشافعي، وإسحاق.

وقال مالك: يستأنف الحكم فيه؛ لأن الله تعالى قال ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾ [المائدة: ٩٥] ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أصحابي كالنجوم، بأيهم اقتديتم اهتديتم» وقال: «اقتدوا باللذين من بعدي: أبي بكر، وعمر» . ولأنهم أقرب إلى الصواب، وأبصر بالعلم، فكان حكمهم حجة على غيرهم، كالعالم مع العامي، والذي بلغنا قضاؤهم في؛ الضبع كبش. قضى به عمر، وعلي، وجابر، وابن عباس.

وفيه عن جابر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «جعل في الضبع يصيدها المحرم كبشا» . رواه أبو داود، وابن ماجه. وروي عن جابر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «، قال: في الضبع كبش، إذا أصاب المحرم، وفي الظبي شاة، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع جفرة» . قال أبو الزبير: الجفرة، التي قد فطمت ورعت. رواه الدارقطني. قال أحمد:: «حكم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الضبع بكبش.» وبه قال عطاء، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر.

وقال الأوزاعي إن كان العلماء بالشام يعدونها من السباع ويكرهون أكلها. وهو ال قياس، إلا أن اتباع السنة والآثار أولى. وفي حمار الوحش بقرة. روي ذلك عن عمر - رضي الله عنه -. وبه قال عروة، ومجاهد، والشافعي.

وعن أحمد: فيه بدنة. روي ذلك عن أبي عبيدة، وابن عباس. وبه قال عطاء، والنخعي. وفي بقرة الوحش بقرة. روي ذلك عن ابن مسعود، وعطاء، وعروة، وقتادة، والشافعي. والأيل فيه بقرة. قاله ابن عباس. قال أصحابنا: في الوعل والثيتل بقرة، كالأيل. والأروى فيها بقرة. قال ذلك ابن عمر.

وقال القاضي: فيها عضب، وهي من أولاد البقر ما بلغ أن يقبض على قرنه، ولم يبلغ أن يكون جذعا. وحكي ذلك عن الأزهري. وفي الظبي شاة. ثبت ذلك عن عمر،." (١)

"والشافعي، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة، ومالك: فيه قيمته. إلا أن مالكا وافق في حمام الحرم لحكم الصحابة، ففيما عداه يبقى على الأصل. قلنا: روي عن ابن عباس في الحمام حال الإحرام كمذهبنا، ولأنها حمامة مضمونة لحق الله تعالى، فضمنت بشاة، كحمامة الحرم، ولأنها متى كانت الشاة مثلا لها في الحرم، فكذلك في الحل، فيجب ضمانها بها؛ لقول الله تعالى ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] . و قياس الحمام على الحمام أولى من قياسه على غيره.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٤٢

وقول الخرقي: " وما أشبهها ". يعني ما يشبه الحمامة، في أنه يعب الماء، أي يضع منقاره فيه، فيكرع كما تكرع الشاة، ولا يأخذ قطرة قطرة، كالدجاج، والعصافير. وإنما أوجبوا فيه شاة لشبهه بها في كرع الماء مثلها، ولا يشرب مثل شرب بقية الطيور. قال أحمد، في رواية أبي القاسم وشندي: كل طير يعب الماء، يشرب مثل الحمام، ففيه شاة. فيدخل في هذا الفواخت، والوراشين، والسقايين والقمري، والدبسي، والقطا؛ لأن كل واحد من هذه تسميه العرب حماما، وقد روي عن الكسائي، أنه قال: كل مطوق حمام. وعلى هذا القول، الحجل حمام؛ لأنه مطوق.

(٢٦٨٠) فصل: وما كان أكبر من الحمام، كالحبارى، والكركي، والكروان، والحجل والإوز الكبير من طير الماء، ففيه وجهان؛ أحدهما، فيه شاة؛ لأنه روي عن ابن عباس، وجابر، وعطاء، أنهم قالوا: في الحجلة والقطاة والحبارى شاة شاة. وزاد عطاء: في الكركي والكروان وابن الماء ودجاج الحبش والحرب، شاة شاة. والحرب: هو فرخ الحبارى. لأن إيجاب الشاة في الحمام تنبيه على إيجابها فيما هو أكبر منه. والوجه الثاني، فيه قيمته، وهو مذهب الشافعي؛ لأن ال قياس يقتضي وجوبها في جميع الطير، تركناه في الحمام لإجماع الصحابة – رضي الله عنهم –، ففي غيره يرجع إلى الأصل.

[مسألة قاتل صيد الحرم مخير في الجزاء]

(٢٦٨١) مسألة: قال: (وهو مخير، إن شاء فداه بالنظير، أو قوم النظير بدراهم، ونظر كم يجيء به طعاما، فأطعم كل مسكين مدا، أو صام عن كل مد يوما، معسرا كان أو موسرا) في هذه المسألة أربعة فصول

(٢٦٨٢) الفصل الأول، إن قاتل الصيد مخير في الجزاء بأحد هذه الثلاثة، بأيها شاء كفر، موسرا كان أو معسرا. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وعن أحمد رواية ثانية، أنها على الترتيب، فيجب المثل أولا، فإن لم يجد أطعم، فإن لم يجد صام. وروي هذا عن ابن عباس، والثوري؛ لأن هدي المتعة على الترتيب.

وهذا أوكد منه؛ لأنه بفعل محظور. وعنه رواية ثالثة، أنه لا إطعام في الكفارة، وإنما ذكر في الآية ليعدل الصيام؛ لأن من قدر على الإطعام قدر على الذبح. هكذا قال ابن عباس. وهذا قول الشعبي، وأبي عياض.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٤٨

"ولنا، قول الله تعالى ﴿هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما﴾ [المائدة: ٩٥] . " وأو " في الأمر للتخيير. روي عن ابن عباس، أنه قال: كل شيء أو أو، فهو مخير.
وأما ما كان فإن لم يوجد، فهو الأول الأول. ولأن عطف هذه الخصال بعضها على بعض بأو، فكان مخيرا بين ثلاثتها كفدية الأداء، وقد سمى الله الطعام كفارة، ولا يكون كفارة ما لم يجب إخراجه، وجعله طعاما للمساكين، وألا يجوز صرفه إليهم لا يكون طعاما لهم، وعطف الطعام على الهدي، ثم عطف الصيام عليه، ولو لم يكن خصلة من خصالها لم يجز ذلك فيه. ولأنها كفارة ذكر فيها الطعام، فكان من خصالها، كسائر الكفارات. وقولهم: إنها وجبت بفعل محظور. يبطل بفدية الأذى. على أن لفظ النص صريح في التخيير، فليس ترك مدلوله قياسا على هدي المتعة بأولى من العكس، فلا يجوز قياس هدي المتعة في التخيير على هذا، لما يتضمنه من ترك النص، كذا هاهنا. (٢٦٨٣)
الفصل الثاني إذا اختار المثل، ذبحه، وتصدق به على مساكين الحرم؛ لأن الله تعالى قال: ﴿هديا بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥] . ولا يجزئه أن يتصدق به حيا على المساكين؛ لأن الله تعالى سماه هديا، والهدي يجب ذبحه، وله ذبحه أي وقت شاء، ولا يختص ذلك بأيام النحر (٢٦٨٤) . الفصل الثالث، أنه متى اختار الإطعام، فإنه يقوم المثل بدراهم، والدراهم بطعام، ويتصدق به على المساكين. وبهذا قال الشافعي.
وقال مالك: يقوم الصيد لا المثل؛ لأن التقويم إذا وجب لأجل الإتلاف، قوم المتلف، كالذي لا مثل له.
ولنا، أن كل ما تلف وجب فيه المثل إذا قوم لزمت قيمة مثله، كالمثلي من مال الآدمي، ويعتبر قيمة المثل في الحرم؛ لأنه يحل إحرامه، ولا يجزئ إخراج القيمة؛ لأن الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ليست القيمة منها، والطعام المخرج هو الذي يخرج في الفطرة وفدية الأذى، وهو الحنطة والشعير والتمر والزبيب.
ويحتمل أن يجزئ كل ما يسمى طعاما؛ لدخوله في إطلاق اللفظ، ويعطي كل مسكين مدا من البر، كما يدفع إليه في كفارة اليمين، فأما بقية الأصناف فنصف صاع لكل مسكين. نص عليه أحمد، فقال في إطعام المساكين في الفدية، وجزاء كفارة اليمين: إن أطعم برا، فمد طعام لكل مسكين.
وإن أطعم تمرا فنصف صاع لكل مسكين. وأطلق الخرقي لكل مسكين، ولم يفرق. والأولى أنه لا يجزئ من غير البر أقل من نصف صاع، إذ لم يرد الشرع في موضع بأقل من ذلك في طعمة المساكين، ولا توقيف فيه، فيرد إلى نظائره. ولا يجزئ إخراج لمساكين الحرم؛ لأن قيمة الهدي الواجب لهم فيكون أيضا لهم،

كقيمة المثلي من مال الآدمي

(٢٦٨٥) الفصل الرابع في الصيام، فعن أحمد أنه يصوم عن كل مد يوما. وهو ظاهر قول." [1]

"معناه أنه يجب الجزاء بقتل الصيد الثاني، كما يجب عليه إذا قتله ابتداء. وفي هذه المسألة عن أحمد ثلاث روايات؛ إحداهن، أنه يجب في كل صيد جزاء.

وهذا ظاهر المذهب. قال أبو بكر: هذا أولى القولين بأبي عبد الله. وبه قال، الثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. والثانية، لا يجب إلا في المرة الأولى، وروي ذلك عن ابن عباس. وبه قال شريح، والحسن، وسعيد بن جبير، ومجاهد، والنخعي، وقتادة؛ لأن الله تعالى قال ﴿ومن عاد فينتقم الله منه﴾ [المائدة: ٩٥] . ولم يوجب جزاء. والثالثة، إن كفر عن الأول فعليه للثاني كفارة، وإلا فلا شيء للثاني؛ لأنها كفارة تجب بفعل محظور في الإحرام، فيدخل جزاؤها قبل التكفير، كاللبس والطيب.

ولنا، أنها كفارة عن قتل، فاستوى فيه المبتدئ والعائد، كقتل الآدمي، ولأنها بدل متلف يجب به المثل أو القيمة، فأشبه بدل مال الآدمي. قال أحمد: روي عن عمر وغيره، أنهم حكموا في الخطأ، وفي من قتل، ولم يسألوه: هل كان قتل قبل هذا أو لا؟ وإنما هذا يعني لتخصيص الإحرام ومكانه، والآية اقتضت الجزاء على العائد بعمومها. وذكر العقوبة في الثاني لا يمنع الوجوب، كما قال الله تعالى ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة: ٢٧٥] . وقد ثبت أن العائد لو انتهى كان له ما سلف، وأمره إلى الله. ولا يصح قياس جزاء الصيد على غيره؛ ولأن جزاءه مقدر به، ويختلف بصغره وكبره، ولو أتلف صيدين معا وجب جزاؤهما، فكذلك إذا تفرقا، بخلاف غيره من المحظورات.

[فصل إخراج جزاء الصيد بعد جرحه وقبل موته]

(٢٦٨٨) فصل: ويجوز إخراج جزاء الصيد بعد جرحه وقبل موته. نص عليه أحمد؛ لأنها كفارة، فجاز تقديمها على الموت، ككفارة قتل الآدمي، ولأنها كفارة، فأشبهت كفارة الظهار واليمين.

[مسألة اشترك جماعة محرمين في قتل صيد]

(٢٦٨٩) مسألة: قال: (ولو اشترك جماعة في قتل صيد، فعليهم جزاء واحد) يروى عن أحمد في هذه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٤٩

المسألة ثلاث روايات؛ إحداهن، أن الواجب جزاء واحد. وهو الصحيح. ويروى هذا عن عمر بن الخطاب، وابن عباس، وابن عمر - رضي الله عنهم - وبه قال عطاء، والزهري، والنخعي، والشعبي، والشافعي، وإسحاق.

والثانية، على كل واحد جزاء. رواهما ابن أبي موسى. واختارها أبو بكر. وبه قال مالك، والثوري، وأبو حنيفة. ويروى عن الحسن؛ لأنها كفارة قتل يدخلها الصوم، أشبهت كفارة قتل الآدمي.." (١)

"لأنهم غير معذورين في هذا» وروى أبو هريرة، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «فطركم يوم تفطرون، وأضحاكم يوم تضحون» رواه الدارقطني وغيره.

[مسألة العبد لا يلزمه هدي]

(٢٧٠٣) مسألة؛ قال: (وإن كان عبدا، لم يكن له أن يذبح، وكان عليه أن يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما، ثم يقصر ويحل) يعني أن العبد لا يلزمه هدي؛ لأنه لا مال له، فهو عاجز عن الهدي، فلم يلزمه كالمعسر. وظاهر كلام الخرقي أنه لو أذن له سيده في الهدي لم يكن له أن يهدي، ولا يجزئه إلا الصيام وهذا قول الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. ذكره ابن المنذر عنهم في الصيد. وعلى قياس هذا كل دم لزمه في الإحرام لا يجزئه عنه إلا الصيام.

وقال غير الخرقي: إن ملكه السيد هديا، وأذن له في ذبحه خرج على الروايتين. إن قلنا: إن العبد يملك بالتمليك. لزمه أن يهدي، ويجزئ عنه؛ لأنه قادر على الهدي، مالك له، فلزمه كالحر.

وإن قلنا: لا يملك. لم يجزئه إلا الصيام؛ لأنه ليس بمالك، ولا سبيل له إلى الملك، فصار كالمعسر الذي لا يقدر على غير الصيام. وإذا صام فإنه يصوم عن كل مد من قيمة الشاة يوما. وينبغي أن يخرج فيه من الخلاف ما ذكرناه في الصيد، ومتى بقي من قيمتها أقل من مد صام عنه يوما كاملا؛ لأن الصوم لا يتبعض، فيجب تكميله، كمن نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم في بعض النهار، لزمه صوم يوم كامل، والأولى أن يكون الواجب من الصوم عشرة أيام، كصوم المتعة، كما جاء في حديث عمر أنه قال لهبار بن الأسود: فإن وجدت سعة فأهد، فإن لم تجد سعة، فصم ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجعت، إن شاء الله تعالى. وروى الشافعي، في " مسنده " عن ابن عمر مثل ذلك. وأحمد ذهب إلى حديث عمر، واحتج به؛ لأنه صوم وجب لحله من إحرامه قبل إتمامه، فكان عشرة أيام كصوم المحرم. والمعسر في الصوم كالعبد، ولذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٥١

قال عمر لهبار بن الأسود: إن وجدت سعة فأهد، فإن لم تجد فصم. ويعتبر اليسار والإعسار في زمن الوجوب، وهو في سنة القضاء إن قلنا بوجوبه، أو في سنة الفوات إن قلنا لا يجب القضاء.
وقول الخرقي: " ثم يقصر ويحل ". يريد أن العبد لا يحلق هاهنا، ولا في موضع آخر؛ لأن الحلق إزالة الشعر الذي يزيد في قيمته وماليته، وهو ملك لسيده، ولم يتعين إزالته، فلم يكن له إزالته. كغير حالة الإحرام.
وإن أذن له السيد في الحلق جاز؛ لأنه إنما منع منه لحقه.

[مسألة المرأة إذا أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة]
(٢٧٠٤) مسألة؛ قال: (وإذا أحرمت المرأة لواجب، لم يكن لزوجها منعها) وجملة ذلك أن المرأة إذا أحرمت بالحج الواجب، أو العمرة الواجبة، وهي حجة الإسلام وعمرته، أو المنذور منهما، فليس لزوجها منعها من المضي فيها، ولا تحليلها، في قول أكثر أهل العلم؛ منهم أحمد والنخعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، والشافعي في أصح القولين له، وقال في الآخر: له منعها.." [1]
"أحدهما؛ لأنه قد ذبح ما في الذمة، فلم يلزمه شيء آخر، كما لو عطب المعين.
وهذا قول أصحاب الرأي. ووجه الأول ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها أهدت هديين، فأضلتهما، فبعث إليها ابن الزبير هديين، فنحرتهما، ثم عاد الضالان، فنحرتهما، وقالت: هذه سنة الهدي رواه الدارقطني.
وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، ولأنه تعلق حق الله بهما بإيجابهما، أو ذبح أحدهما وإيجاب الآخر. (٢٧١٠) فصل: وإن عين معيبا عما في ذمته، لم يجزه، ولزمه ذبحه، على قياس قوله في الأضحية، إذا عينها معيبة لزمه ذبحها، ولم يجزه.
وإن عين صحيحا فهلك، أو تعيب بغير تفريطه، لم يلزمه أكثر مما كان واجبا في الذمة؛ لأن الزائد لم يجب في الذمة، وإنما تعلق بالعين، فسقط بتلفها لأصل الهدي، إذا لم يجب بغير التعيين.
وإن أتلفه، أو تلف بتفريطه، لزمه مثل المعين؛ لأن الزائد تعلق به حق الله تعالى، وإذا فوته لزمه ضمانه، كالهدي المعين ابتداء.

[فصل يحصل الإيجاب بقوله هذا هدي أو بتقليده وإشعاره ناويا به الهدي]

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٥٧

(٢٧١١) فصل: ويحصل الإيجاب بقوله: هذا هدي. أو بتقليده وإشعاره ناويا به الهدي وبهذا قال الثوري، وإسحاق. ولا يجب بالشراء مع النية، ولا بالنية المجردة، في قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة: يجب بالشراء مع النية.

ولنا، أنه إزالة ملك على وجه القربة، فلم يجب بالنية، كالعتق والوقف.

[فصل غصب المحرم شاة فذبحها عن الواجب عليه]

(٢٧١٢) فصل: إذا غصب شاة، فذبحها عن الواجب عليه، لم يجزه، سواء رضي مالكها أو لم يرض، أو عوضه عنها أو لم يعوضه. وقال أبو حنيفة: يجزئه إن رضي مالكها.

ولنا، أن هذا لم يكن قربة في ابتدائه، فلم يصر قربة في أثنائه، كما لو ذبحه للأكل ثم نوى به التقريب، وكما لو أعتق ثم نواه عن كفارته.

[مسألة من تطوع بهدي غير واجب لم يخل من حالين]

(٢٧١٣) مسألة؛ قال: (وإن كان ساقه تطوعا، نحره في موضعه، وخلى بينه وبين المساكين، ولم يأكل منه هو ولا أحد من أهل رفقته، ولا بدل عليه) وجملة ذلك أن من تطوع بهدي غير واجب، لم يخل من حالين؛ أحدهما، أن ينويه هديا، ولا يوجب بلسانه ولا بإشعاره وتقليده، فهذا لا يلزمه إمضاؤه، وله أولاده ونماؤه والرجوع فيه متى شاء، ما لم يذبحه؛ لأنه نوى الصدقة بشيء من ماله، فأشبه ما لو نوى الصدقة بدرهم.." (١)

"ثم اضرب بها في صفحتها، ولا تأكل أنت ولا أحد من أهل رفقتك» .

وهذا صحيح متضمن للزيادة،

ومعنى خاص، فيجب تقديمه على عموم ما خالفه.

ولا تصح التسوية بين رفقته وبين سائر الناس؛ لأن الإنسان يشفق على رفقته، ويحب التوسعة عليهم، وربما وسع عليهم من مؤنته. وإنما منع السائق ورفقته من الأكل منها؛ لئلا يقصر في حفظها، فيعطبها ليأكل هو ورفقته منها، فتلحقه التهمة في عطبها لنفسه ورفقته، فحرموها لذلك. فإن أكل منها، أو باع أو أطعم غنيا، أو رفقته، ضمنه بمثله لحما.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٦١

وإن أتلفها، أو تلفت بتفريطه، أو خاف عطبها، فلم ينحرها حتى هلكت، فعليه ضمانها بما يوصله إلى فقراء الحرم؛ لأنه لا يتعذر عليه إيصال الضمان إليهم، بخلاف العاطب. وإن أطعم منها فقيرا، أو أمره بالأكل منها، فلا ضمان عليه؛ لأنه أوصله إلى المستحق، فأشبه ما لو أطعم فقيرا بعد بلوغه محله، وإن تعيب ذبحه أجزأه.

وقال أبو حنيفة: لا يجزئه، إلا أن يحدث العيب به بعد إضجاعه للذبح. ولنا، أنه لو عطب لم يلزمه شيء، فالعيب أولى؛ لأن العطب يذهب بجميعه، والعيب ينقصه. ولأنه عيب حدث بعد وجوبه، فأشبه ما لو حدث بعد إضجاعه.

وإن تعيب بفعل آدمي، فعليه ما نقصه من القيمة، يتصدق به. وقال أبو حنيفة: يباع جميعه، ويشترى هدي. وبنى ذلك على أنه لا يجزئ، وقد بينا أنه مجزئ.

[فصل إبدال الهدي بخير منه]

فصل: وإذ أوجب هديا فله إبداله بخير منه، وبيعه ليشتري بثمنه خيرا منه. نص عليه أحمد. وهو اختيار أكثر الأصحاب، ومذهب أبي حنيفة وقال أبو الخطاب: يزول ملكه عنه، وليس له بيعه ولا إبداله. وهو قول مالك، والشافعي؛ لأنه حق متعلق بالرقبة، ويسري إلى الولد، فمنع البيع، كالاستيلاء، ولأنه لا يجوز له إبداله بمثله، فلم يجز بخير منه، كسائر ما لا يجوز بيعه.

ووجه الأول، أن النذور محمولة على أصولها في الفرض، وهو الزكاة، يجوز فيها الإبدال، كذلك هذا، ولأنه لو زال ملكه لم يعد إليه بالهلاك، كسائر الأملاك إذا زالت. و قياسهم ينتقض بالمدبرة يجوز بيعها، وقد دل على جواز بيع المدبر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - باع مدبرا. أما إبدالها بمثلها أو دونها، فلم يجز؛ لعدم الفائدة في ذلك.

[فصل إذا ولدت الهدية فولدها بمنزلتها]

(٢٧١٥) فصل: إذا ولدت الهدية فولدها بمنزلتها إن أمكن سوقه وإلا حمله على ظهرها، وسقاه من لبنها، فإن لم يمكن سوقه ولا حمله، صنع به ما يصنع بالهدي إذا عطب، ولا فرق في ذلك بين ما عينه ابتداء

وبين ما عينه بدلا عن الواجب في ذمته.

وقال القاضي، في المعين بدلا عن الواجب: يحتمل أن لا يتبعها." (١)

"[فصل الهدي الواجب بغير النذر ينقسم قسمين]

(٢٧٢٤) فصل: والهدي الواجب بغير النذر ينقسم قسمين؛ منصوص عليه، ومقيس على المنصوص. فأما المنصوص عليه فأربعة، اثنان على الترتيب، والواجب فيهما ما استيسر من الهدي، وأقله شاة، أو سبع بدنة، أحدهما دم المتعة، قال الله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم﴾ [البقرة: ١٩٦] . والثاني، دم الإحصار، قال الله تعالى ﴿فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦] . وهو على الترتيب أيضا، إن لم يجده انتقل إلى صيام عشرة أيام.

وإنما وجب ترتيبه؛ لأن الله تعالى أمر به معينا من غير تخيير، فاقتضى تعيينه الوجوب، وأن لا ينتقل عنه إلا عند العجز، كسائر الواجبات المعينة، فإن لم يجده، انتقل إلى صيام عشرة أيام بال قياس على دم المتعة، إلا أنه لا يحل حتى يصومها. وهذا قول الشافعي.

وقال مالك، وأبو حنيفة لا بدل له؛ لأنه لم يذكر في القرآن. وهذا لا يلزم، فإن عدم ذكره لا يمنع قياسه على نظيره. واثنان مخيران؛ أحدهما، فدية الأذى، قال الله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة: ١٩٦] . الثاني، جزاء الصيد، وهو على التخيير أيضا بقوله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما﴾ [المائدة: ٩٥] .

القسم الثاني، ما ليس بمنصوص عليه، فيقاس على أشبه المنصوص عليه به، فهدي المتعة وجب للترفه بترك أحد السفرين، وقضائه النسكين في سفر واحد، ويقاس عليه أيضا دم الفوات فيجب عليه مثل دم المتعة. وبدله مثل بدله، وهو صيام عشرة أيام، إلا أنه لا يمكن أن يكون ثلاثة قبل يوم النحر، لأن الفوات إنما يكون بفوات ليلة النحر، لأنه ترك بعض ما اقتضاه إحرامه، فصار كالتارك لأحد السفرين. فإن قيل: فهلا ألحقتموه بهدي الإحصار، فإنه أشبه به، إذ هو حلال من إحرامه قبل إتمامه؟ قلنا: أما الهدي فهما فيه سواء، وأما البدل فإن الإحصار ليس بمنصوص على البدل فيه، وإنما يثبت قياسا، ف قياس هذا على الأصل المنصوص عليه أولى من قياسه على فرعه، على أن الصيام هاهنا مثل الصيام عن دم الإحصار، وهو عشرة أيام أيضا، إلا أن صيام الإحصار يجب أن يكون قبل حله، وهذا يجوز فعله قبل حله وبعده،

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٦٣

وهو أيضا مقارن لصوم المتعة؛ لأن الثلاثة في المتعة يستحب أن يكون آخرها يوم عرفة، وهذا يكون بعد فوات عرفة.

والخرقي إنما جعل الصوم عن هدي الفوات مثل." (١)

"[فصل يسن في الهدي إشعار الإبل والبقر]

(٢٧٣٤) فصل: ويسن إشعار الإبل والبقر، وهو أن يشق صفحة سنامها الأيمن حتى يدميها، في قول عامة أهل العلم. وقال أبو حنيفة: هذا مثلة غير جائز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن تعذيب الحيوان، ولأنه إيلام، فهو كقطع عضو منه. وقال مالك: إن كانت البقرة ذات سنام، فلا بأس بإشعارها، وإلا فلا.

ولنا، ما روت عائشة - رضي الله عنها - قالت: «فتلت قلائد هدي النبي - صلى الله عليه وسلم - ثم أشعرها وقلدها» . متفق عليه. رواه ابن عباس، وغيره، وفعله الصحابة، فيجب تقديمه على عموم ما احتجوا به، ولأنه إيلام لغرض صحيح فجاز، كالكي، والوسم، والفصد، والحجامة. والغرض أن لا تختلط بغيرها، وأن يتوقاها اللص، ولا يحصل ذلك بالتقليد؛ لأنه يحتمل أن ينحل ويذهب. و قياسهم منتقض بالكي والوسم. وتشعر البقرة؛ لأنها من البدن، فتشعر كذات السنام. وأما الغنم فلا يسن إشعارها؛ لأنها ضعيفة، وصوفها وشعرها يستر موضع إشعارها. إذا ثبت هذا فالسنة الإشعار في صفحتها اليمنى. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور.

وقال مالك، وأبو يوسف: بل تشعر في صفحتها اليسرى. وعن أحمد مثله؛ لأن ابن عمر فعله. ولنا، ما روى ابن عباس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى بذي الحليفة، ثم دعا ببدنة وأشعرها من صفحة سنامها الأيمن، وسلت الدم عنها بيده.» رواه مسلم. وأما ابن عمر فقد روي عنه كمذهبنا. رواه البخاري ثم فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - أولى من قول ابن عمر وفعله بلا خلاف، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان يعجبه التيمن في شأنه كله» . وإذا ساق الهدي من قبل الميقات، استحب إشعاره وتقليده من الميقات لحديث ابن عباس.

وإن ترك الإشعار والتقليد، فلا بأس؛ لأن ذلك غير واجب.

[فصل لا يسن الهدي إلا من بهيمة الأنعام]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٦٧

(٢٧٣٥) فصل: ولا يسن الهدي إلا من بهيمة الأنعام؛ لقول الله تعالى: ﴿ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير﴾ [الحج: ٢٨] . وأفضله الإبل، ثم البقر، ثم الغنم؛ لما روى أبو هريرة أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة، ثم راح، فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا أقرن، ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة» . متفق عليه.

وقال ابن عباس لامرأة." (١)

"مخالفته للحديث، مع روايته له، وثبوته عنده، وقال الشافعي، – رحمه الله –: لا أدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعا؟ وأعظم أن أقول: عبد الله بن عمر. وقال ابن أبي ذئب: يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث.

فإن قيل: المراد بالتفرق هاهنا التفرق بالأقوال، كما قال الله تعالى: ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾ [البينة: ٤] .

وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة» . أي بالأقوال والاعتقادات.

قلنا: هذا باطل لوجوه: منها، أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه؛ إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه. الثاني، أن هذا يبطل فائدة الحديث؛ إذ قد علم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه، أو تركه. الثالث، أنه قال في الحديث: «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار» .

فجعل لهما الخيار بعد تبايعهما، وقال: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك أحدهما البيع، فقد وجب البيع» . الرابع، أنه يرده تفسير ابن عمر للحديث بفعله، فإنه كان إذا بايع رجلا مشى خطوات؛ ليلزم البيع، وتفسير أبي برزة له، بقوله على مثل قولنا، وهما راويا الحديث، وأعلم بمعناه، وقول عمر: البيع صفقة أو خيار. معناه، أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار، وبيع لم يشترط فيه، سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه، فإنه قد روى عنه أبو إسحاق الجوزجاني مثل مذهبنا، ولو أراد ما قالوه، لم يجز أن يعارض به قول النبي – صلى الله عليه وسلم – فلا حجة في قول أحد مع قول النبي – صلى الله عليه وسلم –

وقد كان عمر إذا بلغه قول النبي – صلى الله عليه وسلم – رجع عن قوله، فكيف يعارض قوله بقوله؟ على

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٢/٣

أن قول عمر ليس بحجة إذا خالفه بعض الصحابة، وقد خالفه ابنه، وأبو برزة، وغيرهما، ولا يصح قياس البيع على النكاح؛ لأن النكاح لا يقع غالبا إلا بعد روية ونظر وتمكث، فلا يحتاج إلى الخيار بعده، ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة، لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد، وذهاب حرمتها بالرد، وإلحاقها بالسلع المبيعة، فلم يثبت فيه خيار لذلك، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط، ولا خيار الرؤية، والحكم في هذه المسألة ظاهر؛ لظهور دليله، ووهاء ما ذكره المخالف في مقابلته، والله أعلم.

[فصل خيار المجلس]

(٢٧٥٤) الفصل الثاني، أن البيع يلزم بتفرقهما؛ لدلالة الحديث عليه، ولا خلاف في لزومه بعد." [(١)]

"وابن المنذر. وحكي ذلك عن الحسن بن صالح، والعنبري، وابن أبي ليلى، وإسحاق، وأبي ثور، وأجازه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة، مثل قرية لا يصل إليها في أقل من أربعة أيام؛ لأن الخيار لحاجته، فيقدر بها.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يجوز أكثر من ثلاث؛ لما روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال: ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لحبان، جعل له الخيار ثلاثة أيام، إن رضي أخذ، وإن سخط ترك. ولأن الخيار ينافي مقتضى البيع؛ لأنه يمنع الملك واللزوم وإطلاق التصرف، وإنما جاز لموضع الحاجة، فجاز القليل منه، وآخر حد القلة ثلاث، قال الله تعالى: ﴿فقال تمتعوا في داركم ثلاثة أيام﴾ [هود: ٦٥] بعد قوله: ﴿فيأخذكم عذاب قريب﴾ [هود: ٦٤] .

ولنا، أنه حق يعتمد الشرط، فرجع في تقديره إلى مشترطه، كالأجل، أو نقول: مدة ملحقة بالعقد، فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل. ولا يثبت عندنا ما روي عن عمر – رضي الله عنه – وقد روي عن أنس خلافه. وتقدير مالك بالحاجة لا يصح؛ فإن الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها، لخفائها واختلافها، وإنما يربط بمظنتها، وهو الإقدام، فإنه يصلح أن يكون ضابطا، وربط الحكم به فيما دون الثلاث وفي السلم والأجل. وقول الآخرين: إنه ينافي مقتضى البيع. لا يصح؛ فإن مقتضى البيع نقل الملك، والخيار لا ينافيه، وإن سلمنا ذلك، لكن متى خولف الأصل لمعنى في محل وجب تعدية الحكم؛ لتعدي ذلك المعنى.

[فصل يجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٨٣

(٢٧٨٠) فصل: ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين، ويجوز لأحدهما دون الآخر، ويجوز أن يشرطا لأحدهما مدة وللآخر دونها؛ لأن ذلك حقهما، وإنما جوز رفقا بهما، فكيفما تراضيا به جاز.

ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر، صح؛ لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار، ومبيع لا خيار فيه. وذلك جائز، بال قياس على شراء ما فيه شفعة، وما لا شفعة فيه، فإنه يصح، ويحصل كل واحد منهما مبيعا بقسطه من الثمن. فإن فسخ البيع مما فيه الخيار، رجع بقسطه من الثمن، كما لو وجد أحدهما معيبا فرده، وإن شرط الخيار في أحدهما لا بعينه، أو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لا بعينه، لم يصح؛ لأنه مجهول، فأشبه ما لو اشترى واحدا من عبدين لا بعينه. ولأنه يفضي إلى التنازع، وربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد ما يطلبه الآخر، ويدعي أنني المستحق للخيار، أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين، ويقول الآخر: ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه. ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه، كما لا يصح بيعه بقسطه من الثمن، وهذا الفصل كله مذهب الشافعي.." (١)

"ولنا، أن هذا يروى عن عمر – رضي الله عنه – ولأنه علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار، فجاز، كما لو شرط الخيار، ولأنه نوع بيع، فجاز أن ينفسخ بتأخير القبض، كالصرف، ولأن هذا بمعنى شرط الخيار؛ لأنه كما يحتاج إلى التروي في البيع، هل يوافقه أو لا؟ يحتاج إلى التروي في الثمن، هل يصير منقودا أو لا؟ فهما سيان في المعنى، متغايران في الصورة، إلا أنه في الخيار يحتاج إلى الفسخ، وها هنا ينفسخ إذا لم ينقد؛ لأنه جعله كذلك.

[فصل أنواع العقود التي يدخل فيها الخيار]

(٢٧٩٤) فصل: والعقود على أربعة أضرب: أحدها، عقد لازم، يقصد منه العوض، وهو البيع وما في معناه، وهو نوعان؛ أحدهما، يثبت فيه الخياران: خيار المجلس، وخيار الشرط، وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس، والصلح بمعنى البيع، والهبة بعوض على إحدى الروايتين، والإجارة في الذمة، نحو أن يقول أستأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه، فهذا يثبت فيه الخيار، لأن الخيار ورد في البيع، وهذا في معناه. فأما الإجارة المعينة، فإن كانت مدتها من حين العقد، دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط؛ لأن دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها، أو إلى استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما لا يجوز.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٩٩

وهذا مذهب الشافعي. وذكره القاضي مرة مثل هذا، ومرة قال: يثبت فيها الخياران قياسا على البيع. وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما.

وأما الشفعة، فلا خيار فيها؛ لأن المشتري يؤخذ منه المبيع قهرا، والشفيع يستقل بانتزاع المبيع من غير رضا صاحبه، فأشبه فسخ البيع بالرد بالعيب، ونحوه. ويحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس؛ لأنه قبل المبيع بثمنه، فأشبه المشتري. النوع الثاني، ما يشترط فيه القبض في المجلس، كالصرف، والسلم، وبيع مال الربا بجنسه، فلا يدخله خيار الشرط، رواية واحدة؛ لأن موضوعها على أن لا يبقى بينها علقة بعد التفرق، بدليل اشتراط القبض، وثبوت الخيار يبقي بينهما علقة، ويثبت فيها خيار المجلس في الصحيح من المذهب؛ لعموم الخبر، ولأن موضوعه للنظر في الحظ في المعاوضة، وهو موجود فيها.

وعنه لا يثبت فيها الخيار إلحاقا بخيار الشرط. الضرب الثاني، لازم، لا يقصد به العوض، كالنكاح والخلع. فلا يثبت فيهما خيار؛ لأن الخيار إنما يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جائزا، لما يذهب من ماله. والعوض هاهنا ليس هو المقصود، وكذلك الوقف والهبة، ولأن في ثبوت الخيار في النكاح ضررا ذكرناه قبل هذا.

الضرب الثالث، لازم من أحد طرفيه دون الآخر، كالرهن، لازم في حق الراهن، جائز في حق المرتهن، فلا يثبت فيه خيار؛ لأن المرتهن يستغني بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر، والراهن يستغني." (١)

"وروى أبو سعيد أيضا، قال: «جاء بلال إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - بتمر برني، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم -: من أين هذا يا بلال؟ . قال: كان عندنا تمر رديء، فبعت صاعين بصاع، ليطعم النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: أوه، عين الربا، عين الربا، لا تفعل، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر، ثم اشتر به» . متفق عليهما، قال الترمذي على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - وغيرهم.

وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا ربا إلا في النسيئة» محمول على الجنسين.

[مسألة ما لا يجوز التفاضل فيه من الأشياء]

(٢٧٩٦) مسألة؛ قال أبو القاسم، - رحمه الله -: (وكل ما كيل أو وزن من سائر الأشياء، فلا يجوز التفاضل فيه إذا كان جنسا واحدا) قوله: " من سائر الأشياء ". يعني من جميعها. وضع سائر موضع جميع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٠٥

تجوزا، ومـوضوعها الأصلي لباقي الشيء، وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في الربا أحاديث كثيرة، ومن أتمها ما روى عبادة بن الصامت، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «الذهب بالذهب مثلا بمثل، والفضة بالفضة مثلا بمثل، والتمر بالتمر مثلا بمثل، والبر بالبر مثلا بمثل، والملح بالملح مثلا بمثل، والشعير بالشعير مثلا بمثل، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد» . رواه مسلم. فهذه الأعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والإجماع.

واختلف أهل العلم فيما سواها، فحكي عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها، وقالوا: لا يجري في غيرها. وبه قال داود ونفاة ال قياس، وقالوا: ما عداها على أصل الإباحة؛ لقول الله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] . واتفق القائلون بال قياس على أن ثبـوت الربا فيها بعلة، وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علتها؛ لأن ال قياس دليل شرعي، فيجب استخراج علة هذا الحكم، وإثباته في كل موضع وجدت علته فيه.

وقول الله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] . يقتضي تحريم كل زيادة، إذ الربا في اللغة الزيادة، إلا ما أجمعنا على تخصيصه. وهذا يعارض ما ذكروه. ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد، إلا سعيد بن جبير، فإنه قال: كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، كالحنطة بالشعير، والتمر بالزبيب،." (١)

"كالأرز، والدخن، والذرة، والقطنيات، والدهن، والخل، واللبن، واللحم، ونحوه.

وهذا قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر: هذا قول علماء الأمصار في القديم والحديث، سوى قتادة، فإنه بلغني أنه شذ عن جماعة الناس، فقصر تحريم التفاضل على الستة الأشياء.

وما انعدم فيه الكيل، والوزن، والطعم، واختلف جنسه، فلا ربا فيه، رواية واحدة. وهو قول أكثر أهل العلم، كالتين، والنوى، والقت، والماء، والطين الأرمني، فإنه يؤكل دواء، فيكون موزونا مأكولا، فهو إذا من القسم الأول، وما عداه إنما يؤكل سفها، فجرى مجرى الرمل والحصى.

وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال لعائشة: «لا تأكلي الطين، فإنه يصفر اللون» . وما وجد فيه الطعم وحده، أو الكيل أو الوزن، من جنس واحد، ففيه روايتان، واختلف أهل العلم فيه، والأولى إن شاء الله تعالى حله؛ إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به، ولا معنى يقوي التمسك به، وهي مع ضعفها

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤

يعارض بعضها بعضا، فوجب اطراحها، أو الجمع بينها، والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب، والسنة، والاعتبار.

ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتا، كالأرز، والذرة، والدخن، أو أدما كالقطنيات، واللبن، واللحم، أو تفكها كالثمار، أو تداويا كالإهليلج، والسقمونيا، فإن الكل في باب الربا واحد.

[فصل ما جرى الربا في كثيره جرى في قليله]

(٢٧٩٧) فصل، وقوله: ما كيل، أو وزن. أي: ما كان جنسه مكيلا، أو موزونا، وإن لم يتأت فيه كيل، ولا وزن، إما لقلته كالحبة والحبتين، والحفنة والحفنتين، وما دون الأرزة من الذهب والفضة، أو لكثرته كالزبرة العظيمة، فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض، إلا مثلا بمثل، ويحرم التفاضل فيه. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر.

ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفنتين، والحبة بالحبتين، وسائر المكيل الذي لا يتأتى كيله، ووافق في الموزون، واحتج بأن العلة الكيل، ولم يوجد في اليسير.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «التمر بالتمر مثلا بمثل، والبر بالبر مثلا بمثل، من زاد أو ازداد فقد أربى» . ولأن ما جرى الربا في كثيره جرى في قليله، كالموزون. (٢٧٩٨) فصل: ولا يجوز بيع تمرة بتمرة، ولا حفنة بحفنة.

وهذا قول الثوري، ولا أعلمه منصوصا عليه، ولكنه قياس قولهم؛ لأن ما أصله الكيل لا تجري المماثلة في غيره (٢٧٩٩) فصل: فأما ما لا وزن للصناعة فيه، كمعمول الحديد، والرصاص، والنحاس، والقطن، والكتان،." (١)

"جيشا، فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة» . رواه أبو داود " وروى سعيد في سننه، عن أبي معشر، عن صالح بن كيسان، عن الحسن بن محمد: أن عليا باع بعيرا له يقال له: عصيفير، بأربعة أبعرة إلى أجل. ولأنهما مالان لا يجري فيهما ربا الفضل، فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار، ولأن النساء أحد نوعي الربا، فلم يجز في الأنواع كلها، كالنوع الآخر. والرواية الثانية، يحرم النساء في كل مال بيع بجنسه، كالحيوان بالحيوان، والثياب بالثياب، ولا يحرم في غير ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٧

وهذا مذهب أبي حنيفة. وممن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء ابن الحنفية، وعبد الله بن عمير، وعطاء، وعكرمة بن خالد، وابن سيرين، والثوري.

وروي ذلك عن عمار، وابن عمر؛ لما روى سمرة: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، ولأن الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل، فحرم النساء، كالكيل والوزن. والثالثة، لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلا، فأما مع التماثل فلا؛ لما روى جابر، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «الحيوان اثنان بواحد لا يصلح نساء، ولا بأس به يدا بيد» ، قال الترمذي: هذا حديث حسن. وروى ابن عمر: «أن رجلا قال: يا رسول الله، أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ فقال: لا بأس إذا كان يدا بيد» . من المسند.

وهذا يدل على إباحة النساء مع التماثل بمفهومه. والرابعة، يحرم النساء في كل مال بيع بمال آخر، سواء كان من جنسه أو من غير جنسه. وهذا ظاهر كلام الخرقي. ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة؛ لأنه بيع عرض بعرض، فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا، قال القاضي: فعلى هذا لو باع عرضا بعرض، ومع أحدهما دراهم، العروض نقدا والدراهم نسيئة، جاز، وإن كانت الدراهم نقدا والعروض نسيئة، لم يجز؛ لأنه يفضي إلى النسيئة في العروض. وهذه الرواية ضعيفة جدا؛ لأنه إثبات حكم يخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح، فإن في المحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافا لها أثر في تحريم الفضل، فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار، وما هذا سبيله لا يجوز إثبات الحكم فيه، وإن لم يخالف أصلا، فكيف يثبت مع مخالفة الأصل في حل البيع،." (١)

"وقال أحمد، في رواية محمد بن الحكم: أكره ذلك. قال ابن أبي موسى: لا خير فيما يكال بما يكال جزافا، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافا، اتفقت الأجناس أو اختلفت، ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافا، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر، وذلك لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – «نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة» . ولأنه بيع مكيل بمكيل، أشبه الجنس الواحد.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يدا بيد» . ولأن قول الله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] . عام خصصناه في الجنس الواحد الذي يجب التماثل فيه، ففيما عداه يجب البقاء على العموم، ولأنه يجوز التفاضل فيه، فجاز جزافا من الطرفين كالمكيل بالموزون، يحققه أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع، فاحتماله أولى أن لا يكون مانعا، وحديثهم أراد به

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١١

الجنس الواحد؛ ولهذا جاء في بعض ألفاظه: «نهى أن تبا ع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر، بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر» .

ثم هو مخصوص بالمكيل والموزون، فنقيس عليه محل النزاع، وما ذكر من ال قياس غير صحيح؛ لأن المكيل من جنس واحد، يجب التماثل فيه، فمنع من بيعه مجازفة؛ لفوات المماثلة المشروطة، وفي الجنسين لا يشترط التماثل، ولا يمنع حقيقة التفاضل، فاحتماله أولى أن لا يكون مانعا. (٢٨١١) فصل: ولو قال: بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة. وهما من جنس واحد، ولا يعلمان كيلهما، لم يصح؛ لما ذكرنا.

وإن علما كيلهما وتساويهما، صح البيع؛ لوجود التماثل المشترط. وإن قال: بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة، مثلا بمثل. فكيلتا فكانتا سواء، صح البيع، وإلا فلا.

وإن باع صبرة بصبرة من غير جنسها، صح عند من يجوز بيع المكيل بالمكيل جزافا. وإن قال: بعتك هذه الصبرة بهذه، مثلا بمثل. فكيلتا فكانتا سواء، صح البيع، وإن زادت إحداهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها، أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه، جاز، وإن امتنعا فسخ البيع بينهما. ذكر هذا الفصل القاضي، وهو مذهب الشافعي.

(٢٨١٢) فصل: ويجوز قسم المكيل وزنا، وقسم الموزون كيلا، وقسم الثمار خرصا، وقسم ما لا يجوز بيع بعضه ببعض؛ لأن القسمة إفراز حق، وليست بيعا. ونقل عن ابن بطة ما يدل على أنها بيع، فيثبت فيها أحكام البيع، ويمنع فيها ما ذكرناه؛ لأن كل جزء من ذلك مشترك بينهما، فإذا تعين لكل واحد منهما حق، فقد اشترى نصيب شريكه مما تعين له بنصيبه فيما تعين لشريكه.

وللشافعي قولان، كالمذهبين. والظاهر أنها إفراز حق؛ بدليل اعتبار تعديل السهام، ودخول القرعة فيها، ولزومها بها، والإجبار عليها، وأنها لا تفتقر إلى لفظ بيع ولا تمليك، ولا يدخلها خيار، ولا تجوز إلا بقدر." (١)

"الحقين، ولا يثبت فيها شفعة، وتختص باسم. وتغاير الأحكام والأسماء دليل على اختلافهما. وروي عن ابن عباس، أنه قال: قسمت الصحابة - رضي الله عنهم - الغنائم بالحجف. وذلك كيل الأثمان بمحضر من جماعة كثيرة منهم، وانتشر في بقيتهم فلم ينكر، فصار إجماعا على ما قلناه.

[فصل المرجع إلى العرف في معرفة المكيل والموزون]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ١٥

(٢٨١٣) فصل: في معرفة المكيل والموزون، والمرجع في ذلك إلى العرف بالحجاز في عهد النبي - صلى الله عليه وسلم - وبهذا قال الشافعي. وحكي عن أبي حنيفة: أن الاعتبار في كل بلد بعادته.

ولنا، ما روى عبد الله بن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «المكيال مكيال المدينة، والميزان ميزان مكة» . والنبي - صلى الله عليه وسلم - إنما يحمل كلامه على بيان الأحكام؛ لأن ما كان مكيلا بالحجاز في زمن النبي - صلى الله عليه وسلم - انصرف التحريم في تفاضل الكيل إليه، فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك، وهكذا الموزون، وما لا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين؛ أحدهما، يرد إلى أقرب الأشياء شبها به بالحجاز، كما أن الحوادث ترد إلى أشبه المنصوص عليه بها، وهو ال قياس.

والثاني، يعتبر عرفه في موضعه، فإن لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه إلى العرف، كالقبض، والإحراز، والتفرق، وهذا قول أبي حنيفة. وعلى هذا إن اختلفت البلاد، فالاعتبار بالغالب، فإن لم يكن غالب بطل هذا الوجه، وتعين الأول. ومذهب الشافعي على هذين الوجهين، فالبر، والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «البر بالبر كيلا بكيل، والشعير بالشعير كيلا بكيل» .

وكذلك سائر الحبوب، والأبازير، والأشنان، والجص، والنورة، وما أشبهها. والتمر مكيل، وهو من المنصوص عليه، وكذلك سائر تمر النخل من الرطب والبسر وغيرهما، وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار، مثل الزبيب، والفستق، والبندق، والعناب، وال‍مشمش، والبطم، والزيتون، واللوز. والملح مكيل، وهو من المنصوص عليه بقوله - عليه السلام -: «الملح بالملح مدي بمدي» . والذهب والفضة موزونان.

ثبت ذلك بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الذهب بالذهب وزنا بوزن، والفضة بالفضة وزنا بوزن» وكذلك ما أشبههما من جواهر الأرض كالحديد، والنحاس، والصفر، والرصاص، والزجاج، والزئبق. ومنه الإبريسم، والقطن، والكتان، والصوف،." (١)

"بغيره من المصنوع من التمر؛ لأن معها شيئا مقصودا من غير جنسهما، فينزل منزلة مد عجوة. ويجوز بيع القطارة، والدبس، والخل، كل نوع بعضه ببعض متساويا.

قال أحمد في رواية مهنا، في خل الدقل: يجوز بيع بعضه ببعض متساويا. وذلك لأن الماء في كل واحد منهما غير مقصود، وهو من مصلحته، فلم يمنع جواز البيع، كالخبز بالخبز، والتمر بالتمر، في كل واحد منهما نواه. ولا يباع نوع بنوع آخر؛ لأن في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر، فيفضي إلى التفاضل.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦/٤

[فصل بيع خل الزبيب بعضه ببعض]

(٢٨٢١) فصل: والعنب كالتمر فيما ذكرناه، إلا أنه لا يباع خل العنب بخل الزبيب؛ لانفراد كل واحد منهما بما ليس من جنسه. ويجوز بيع خل الزبيب بعضه ببعض، كما يجوز بيع خل التمر بعضه ببعض.

[مسألة البر والشعير جنسان]

(٢٨٢٢) مسألة؛ قال: (والبر والشعير جنسان) هذا هو المذهب، وبه يقول الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وعن أحمد، أنهما جنس واحد. وحكي ذلك عن سعد بن أبي وقاص، وعبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث، وابن معيقيب الدوسي، والحكم، وحماد، ومالك، والليث؛ لما روي عن معمر بن عبد الله، أنه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال: بعه، ثم اشتر به شعيرا. فذهب الغلام، فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمرا، أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرده، ولا تأخذن إلا مثلا بمثل، فإن «النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل» ، وكان طعامنا يومئذ الشعير. قيل: فإنه ليس بمثله. قال: إني أخاف أن يضارع. أخرجه مسلم. ولأن أحدهما يغش بالآخر، فكانا كنوعي الجنس ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «بيعوا البر بالشعير كيف شئتم يدا بيد» . وفي لفظ: «لا بأس ببيع البر بالشعير، والشعير أكثرهما، يدا بيد، وأما نسيئة فلا» ، وفي لفظ: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم» . وهذا صريح صحيح، لا يجوز تركه بغير معارض مثله، ولأنهما لم يشتركا في الاسم الخاص، فلم يكونا جنسا واحدا، كالتمر، والحنطة، ولأنهما مسميان في الأصناف الستة، فكانا جنسين، كسائرها. وحديث معمر لا بد فيه من إضمار الجنس، بدليل سائر أجناس الطعام، ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم، وهو الشعير، فإنه قال في الخبر: وكان طعامنا يومئذ الشعير، ثم لو كان عاما لوجب تقديم الخاص الصريح عليه، وفعل معمر وقوله لا يعارض به قول النبي - صلى الله عليه وسلم - و قياسهم ينتقض بالذهب والفضة.

[فصل بيع الحنطة بشيء من فروعها]

(٢٨٢٣) فصل: في الحنطة وفروعها، وفروعها نوعان، أحدهما، ما ليس فيه غيره، كالدقيق، والسويق.." (١)

"المنذر عن أحمد، كراهة بيع تراب المعادن. وهو قول عطاء، والشافعي، والشعبي، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق؛ لأنه مجهول.

وقال ابن أبي موسى في (الإرشاد) : يجوز ذلك. وهو قول مالك. وروي ذلك عن الحسن، والنخعي، وربيعة، والليث، قالوا: فإن اختلط، أو أشكل فليبعه بعرض، ولا يبعه بعين ولا ورق؛ لأنه باعه بما لا ربا فيه فجاز، كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم.

[مسألة بيع العرايا]

(٢٨٦٥) مسألة؛ قال (والعرايا التي أرخص فيها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -؛ هو أن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق، فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطبا) في هذه المسألة فصول خمسة: (٢٨٦٦) فصل أولها، في إباحة بيع العرايا في الجملة. وهو قول أكثر أهل العلم. منهم مالك، وأهل المدينة، والأوزاعي، وأهل الشام، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة: لا يحل بيعها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن بيع المزابنة، والمزابنة، بيع الثمر بالثمر» . متفق عليه. ولأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما، فلم يجز، كما لو كان على وجه الأرض، أو فيما زاد على خمسة أوسق.

ولنا، ما روى أبو هريرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «رخص في العرايا في خمسة أوسق، أو دون خمسة أوسق» . متفق عليه، ورواه زيد بن ثابت، وسهل بن أبي حثمة، وغيرهما. وخرجه أئمة الحديث في كتبهم. وحديثهم في سياقه: (إلا العرايا كذلك في المتفق عليه. وهذه زيادة يجب الأخذ بها. ولو قدر تعارض الحديثين، وجب تقديم حديثنا لخصوصه، جمعا بين الحديثين، وعملا بكلا النصين.

وقال ابن المنذر: الذي نهى عن المزابنة هو الذي أرخص في العرايا، وطاعة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أولى. وال قياس لا يصار إليه مع النص مع أن في الحديث، أنه أرخص في العرايا. والرخصة استباحة المحظور، مع وجود السبب الحاظر، فلو منع وجود السبب من الاستباحة، لم يبق لنا رخصة بحال. (٢٨٦٧)

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٠

الفصل الثاني، أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق، بغير خلاف نعلمه، وتجوز فيما دون خمسة أوسق، بغير خلاف بين القائلين بجوازها. فأما في خمسة أوسق، فلا يجوز عند إمامنا – رحمه الله –. وبه قال ابن المنذر، والشافعي في أحد قوليه. وقال مالك، والشافعي في قول: يجوز. ورواه إسماعيل بن سعيد عن أحمد؛ لأن في حديث زيد وسهل أنه رخص في العرية، مطلقا، ثم استثنى ما زاد على الخمسة في حديث أبي هريرة، وشك في الخمسة فاستثنى اليقين، وبقي المشكوك فيه على مقتضى الإباحة.

ولنا، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «نهى عن المزابنة.» والمزابنة: بيع الرطب بالتمر، ثم أرخص في العرية فيما دون خمسة أوسق، وشك في الخمسة، فيبقى على العموم في التحريم. ولأن العرية رخصة بنيت على خلاف النص وال قياس يقينا فيما دون الخمسة، والخمسة مشكوك فيها، فلا تثبت إباحتها م ع." (١)

"[مسألة ترك المشتري المبيع حتى يتمر]

(٢٨٧٣) مسألة؛ قال: فإن تركه المشتري حتى يتمر بطل العقد يعني إن لم يأخذها المشتري رطبا بطل العقد، خلافا للشافعي في قوله: لا يبطل. وعن أحمد مثله؛ لأن كل ثمرة جاز بيعها رطبا، لا يبطل العقد إذا صارت تمرا، كغير العرية. ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «يأكلها أهلها رطبا» . ولأن شراءها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب، فإذا أتمرت تبينا عدم الحاجة، فيبطل العقد. ثم لا فرق بين تركه لغناه عنها، أو مع حاجته إليها، أو تركها لعذر، أو لغير عذر؛ للخبر. ولو أخذها رطبا فتركها عنده فأتمرت، أو شمسها، حتى صارت تمرا، جاز؛ لأنه قد أخذها.

ونقل عن أحمد رواية أخرى في من اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها، ثم تركها حتى بدا صلاحها، لا يبطل البيع. فيخرج هاهنا مثله. فإن أخذ بعضها رطبا، وترك باقيها حتى أتمر، فهل يبطل البيع في الباقي؟ على وجهين.

[فصل بيع العرية في غير النخيل]

(٢٨٧٤) فصل: ولا يجوز بيع العرية في غير النخيل، وهو اختيار ابن حامد، وقول الليث بن سعد. إلا أن يكون مما ثمرته لا يجري فيها الربا، فيجوز بيع رطبها بيابسها؛ لعدم جريان الربا فيها. ويحتمل أن يجوز في العنب والرطب دون غيرهما. وهو قول الشافعي؛ لأن العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيهما، وجواز

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٥

خرصهما، وتوسيقهما، وكثرة تيبيسهما، واقتياتهما في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبهما، والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله. ولا يجوز في غيرهما؛ لاختلافهما في أكثر هذه المعاني، فإنه لا يمكن خرصها؛ لتفرقها في الأغصان، واستتارها بالأوراق، ولا يقتات يابسها، فلا يحتاج إلى الشراء به.
وقال القاضي: يجوز في سائر الثمار. وهو قول مالك والأوزاعي قياسا على ثمرة النخيل. ولنا، ما روى الترمذي، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن المزابنة، الثمر بالتمر، إلا أصحاب العرايا، فإنه قد أذن لهم، وعن بيع العنب بالزبيب، وكل ثمرة بخرصها.» وهذا حديث حسن. وهذا يدل على تخصيص العرية بالتمر.
وعن زيد بن ثابت، «عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك» . وعن ابن عمر قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن المزابنة» ، والمزابنة: بيع ثمر النخل بالتمر كيلا، وبيع العنب بالزبيب كيلا، وعن كل ثمرة بخرصه. ولأن الأصل يقتضي تحريم بيع العرية، وإنما جازت في ثمرة النخيل رخصة، ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين؛." (١)

"أحدهما، أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها، وسهولة خرصها، وكون الرخصة في الأصل لأهل المدينة، وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره.
الثاني، أن ال قياس لا يعمل به إذا خالف نصا، و قياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة، وإنما يجوز التخصيص بال قياس على المحل المخصوص، «ونهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع العنب بالزبيب» لم يدخله تخصيص فيقاس عليه، وكذلك سائر الثمار. والله أعلم.

[باب بيع الأصول والثمار]

[مسألة ومن باع نخلا مؤبرا]

[الفصل الأول البيع متى وقع على نخل مثمر ولم يشترط الثمرة وكانت مؤبرة]

باب بيع الأصول والثمار (٢٨٧٥) مسألة: قال أبو القاسم، - رحمه الله -: (ومن باع نخلا مؤبرا، وهو ما قد تشقق طلعه، فالثمرة للبائع متروكة في النخل إلى الجزاز إلا أن يشترطها المبتاع) . أصل الإبار عند أهل العلم: التلقيح. قال ابن عبد البر: إلا أنه لا يكون حتى يتشقق الطلع، وتظهر ا الثمرة، فعبر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥٠

به عن ظهور الثمرة؛ للزومه منه. والحكم متعلق بالظهور، دون نفس التلقيح، بغير اختلاف بين العلماء، يقال: أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد، فهي مؤبرة ومأبورة. ومنه قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «خير المال سكة مأبورة.» والسكة: النخل المصفوف. وأبرت النخلة آبرها أبرا، وإبارا، وأبرتها تأبيرا، وتأبرت النخلة، وائتبرت، ومنه قول الشاعر:

تأبري يا خيرة الفسيل

وفسر الخرقي المؤبر بما قد تشقق طلعه؛ لتعلق الحكم بذلك، دون نفس التأبير. قال القاضي: وقد يتشقق الطلع بنفسه فيظهر، وقد يشقه الصعاد فيظهر. وأيهما كان فهو التأبير المراد هاهنا.

وفي هذه المسألة فصول ثلاثة: (٢٨٧٦) الفصل الأول: أن البيع متى وقع على نخل مثمر، ولم يشترط الثمرة، وكانت الثمرة مؤبرة، فهي للبائع. وإن كانت غير مؤبرة، فهي للمشتري. وبهذا قال مالك، والليث، والشافعي. وقال ابن أبي ليلى: هي للمشتري في الحالين؛ لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقة، فكانت تابعة له، كالأغصان.

وقال أبو حنيفة، والأوزاعي: هي للبائع في الحالين؛ لأن هذا نماء له حد، فلم يتبع أصله في البيع، كالزرع في الأرض. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر، فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع» . متفق عليه. وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى، وحجة على أبي حنيفة والأوزاعي." (١)

"بمفهومه؛ لأنه جعل التأبير حدا لملك البائع للثمرة، فيكون ما قبله للمشتري، وإلا لم يكن حدا، ولا كان ذكر التأبير مفيدا. ولأنه نماء كامن لظهوره غاية، فكان تابعا لأصله قبل ظهوره، وغير تابع له بعد ظهوره، كالحمل في الحيوان.

فأما الأغصان، فإنها تدخل في اسم النخل، وليس لانفصالها غاية، والزرع ليس من نماء الأرض، وإنما هو مودع فيها.

[الفصل الثاني متى اشترط الثمرة أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة]

(٢٨٧٧) الفصل الثاني: أنه متى اشترطها أحد المتبايعين، فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة، البائع فيه والمشتري سواء. وقال مالك: إن اشترطها المشتري بعد التأبير، جاز؛ لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها، وإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥١

اشترطها البائع قبل التأبير، لم يجز؛ لأن اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها. ولنا، أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم، فصح، كما لو باع حائطا، واستثنى نخلة بعينها، «ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن الثنيا، إلا أن تعلم» . ولأنه أحد المتبايعين، فصح اشتراطه للثمرة، كالمشتري، وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه، وبقوله – عليه السلام –: «إلا أن يشترطها المبتاع» .

ولو اشترط أحدهما جزءا من الثمرة معلوما، كان ذلك كاشتراط جميعها في الجواز في قول جمهور الفقهاء، وقول أشهب من أصحاب مالك. وقال ابن القاسم: لا يجوز اشتراط بعضها؛ لأن الخبر إنما ورد باشتراط جميعها. ولنا، أن ما جاز اشتراط جميعه، جاز اشتراط بعضه، كمدة الخيار، وكذلك القول في مال العبد إذا اشترط بعضه.

[الفصل الثالث الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز]

(٢٨٧٨) الفصل الثالث: إن الثمرة إذا بقيت للبائع، فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز، سواء استحقها بشرطه أو بظهورها. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يلزمه قطعها، وتفريغ النخل منه؛ لأنه مبيع مشغول بملك البائع، فلزم نقله وتفريغه، كما لو باع دارا فيها طعام، أو قماش له. ولنا، أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة، كما لو باع دارا فيها طعام، لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك، وهو أن ينقله نهارا، شيئا بعد شيء، ولا يلزمه النقل ليلا، ولا جمع دواب البلد لنقله. كذلك هاهنا، يفرغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها، وهو أوان جزازها، و قياسه حجة لنا؛ لما بيناه.

إذا تقرر هذا، فالمرجع في جزه إلى ما جرت به العادة، فإذا كان المبيع نخلا، فحين تتناهى حلاوة ثمره، إلا أن يكون مما بسره خير من رطبه، أو ما جرت العادة بأخذه بسرا، فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره؛ لأن هذا هو العادة،." (١)

"فإذا استحكمت حلاوته، فعليه نقله. وإن قيل: بقاؤه في شجره خير له وأبقى؛ فعليه النقل؛ لأن العادة في النقل قد حصلت، وليس له إبقاؤه بعد ذلك.

وإن كان المبيع عنبا، أو فاكهة سواه، فأخذه حين يتناهى إدراكه، وتستحكم حلاوته، ويجز مثله. وهذا قول مالك، والشافعي. (٢٨٧٩) فصل: فإن أبر بعضه دون بعض، فالمنصوص عن أحمد، أن ما أبر للبائع، وما لم يؤبر للمشتري. وهو قول أبي بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسألة، فإن صريحه، أن ما أبر للبائع،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥٢

ومفهومه، أن ما لم يؤبر للمشتري.

وقال ابن حامد: الكل للبائع. وهو مذهب الشافعي؛ لأنا إذا لم نجعل الكل للبائع، أدى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البستان، فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعا لما أبر، كثمر النخلة الواحدة، فإنه لا خلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع، وقد يتبع الباطن الظاهر منه، كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه. ولأن البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع، كذا هاهنا، وهذا من النوع الواحد؛ لأن الظاهر أن النوع الواحد يتقارب يتلاحق، فأما إن أبر، لم يتبعه النوع الآخر.

ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله، وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لأنه يفضي إلى سوء المشاركة، واختلاف الأيدي، كما في النوع الواحد. ولنا، أن النوعين يتباعدان، ويتميز أحدهما من الآخر، ولا يخشى اختلاطهما واشتباههما. فأشبها الجنسين. وما ذكره يبطل بالجنسين. ولا يصح ال قياس على النوع الواحد؛ لافتراقهما فيما ذكرناه.

ولو باع حائطين قد أبر أحدهما، لم يتبعه الآخر؛ لأنه يفضي إلى سوء المشاركة، واختلاف الأيدي؛ لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه. ولو أبر بعض الحائط، فأفرد بالبيع ما لم يؤبر، فللمبيع حكم نفسه، ولا يتبع غيره. وخرج القاضي وجها في أنه يتبع غير المبيع، ويكون للبائع؛ لأنه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. ولا يصح؛ هذا لأن المبيع لم يؤبر منه شيء، فوجب أن يكون للمشتري، بمفهوم الخبر، وكما لو كان منفردا في بستان وحده. ولأنه لا يفضي إلى سوء المشاركة، ولا اختلاف الأيدي، ولا إلى ضرر، فبقي على حكم الأصل.

فإن بيعت النخلة وقد أبرت كلها، أو بعضها، فأطلعت بعد ذلك، فالطلع للمشتري؛ لأنه حدث في ملكه، فكان له، كما لو حدث بعد جزاز الثمرة. ولأن ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتبه به؛ لتباعد ما بينهما.

(٢٨٨٠) فصل: وطلع الفحال كطلع الإناث. وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أن يكون طلع الفحال للبائع قبل ظهوره؛ لأنه يؤخذ للأكل قبل ظهوره، فهو كثمرة لا تخلق إلا ظاهرة، كالتين، ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره.." (١)

"الضرب الرابع، ما يظهر في قشرين، كالجوز، واللوز، فهو للبائع أيضا بنفس الظهور؛ لأن قشره لا يزول عنه غالبا، إلا بعد جزازه، فأشبه الضرب الذي قبله. ولأن قشر اللوز يؤكل معه، فأشبه التين.

وقال القاضي: إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع، وإن لم يتشقق فهو للمشتري، كالطلع. ولو اعتبر هذا لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥٣

يكن للبائع إلا نادرا، ولا يصح قياسه على الطلع؛ لأن الطلع لا بد من تشققه، وتشققه من مصلحته، وهذا بخلافه، فإنه لا يتشقق على شجره، وتشققه قبل كماله يفسده. الخامس، ما يظهر نوره، ثم يتناثر، فتظهر الثمرة، كالتفاح، والمشمش، والإجاص، والخوخ. فإذا تفتح نوره، وظهرت الثمرة فيه، فهي للبائع، وإن لم تظهر، فهي للمشتري. وقيل: ما تناثر نوره، فهو للبائع، وما لا فهو للمشتري؛ لأن الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور.

وقال القاضي: يحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره؛ لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر، فإن العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة، وإنما هي أوعية لها، تكبر الثمرة في جوفها، وتظهر، فتصير العقدة في طرفها، وهي قمع الرطبة. وقول الخرقي يقتضي ما قلناه؛ لأنه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر باديا لا يبدو نوره. ولا يبدو الثمر حتى يتفتح نوره. وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النور، فتعلق ذلك بظهوره.

والعنب بمنزلة ما له نور؛ لأنه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن، ثم يتفتح، ويتناثر كتناثر النور، فيكون من هذا القسم. والله أعلم. وهذا يفارق الطلع؛ لأن الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير، والنور في هذه الثمار يتساقط، ويذهب، وتظهر الثمرة. ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا هاهنا، أو قريبا منه، وبينهما اختلاف على حسب ما ذكرنا من الخلاف، أو قريبا منه.

[فصل الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر للمشتري بكل حال]

(٢٨٨٣) فصل: فأما الأغصان، والورق، وسائر أجزاء الشجر، فهو للمشتري بكل حال؛ لأنه من أجزائها خلق لمصلحتها، فهو كأجزاء سائر المبيع. ويحتمل أن يكون ورق التوت الذي يقصد أخذه لتربية دود القز إن تفتح، فهو للبائع، وإلا فهو للمشتري؛ لأنه بمنزلة الجنبذ الذي يتفتح، فيظهر نوره من الورد وغيره، وهذا في المواضع التي عادتهم أخذ الورق، وإن لم تكن عادتهم ذلك، فهو للمشتري، كسائر ورق الشجر. والله أعلم.

[فصل كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت إلى سقي]

(٢٨٨٤) فصل: وإذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري، فاحتاجت إلى سقي، لم يكن للمشتري

منعه منه؛ لأنه يبقى به، فلزمه تمكينه منه، كتركه على الأصول، وإن أراد سقيها من غير حاجة، فللمشتري منعه منه؛ لأنه بسقيه يتضمن التصرف في ملك غيره، ولأن الأصل منعه من التصرف في ملك." (١)

"ما ذكرنا فيما أبر بعضه دون بعض. فأما نوع آخر من ذلك الجنس، فقال القاضي: لا يتبعه. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وقال محمد بن الحسن: ما كان متقارب الإدراك، فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه، وإن كان يتأخر إدراك البعض تأخيرا كثيرا، فالبيع جائز فيما أدرك، ولا يجوز في الباقي. وقال أبو الخطاب: يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس. وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي؛ لأن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض في إكمال النصاب في الزكاة، فيتبعه في جواز البيع، كالنوع الواحد. والأول أولى؛ لأن النوعين قد يتباعد إدراكهما، فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح، كالجنسين.
ويخالف الزكاة؛ فإن القصد هو الغنى من جنس ذلك المال، لتقارب منفعته، وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود. والمعنى هاهنا؛ هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الأيدي، ولا يحصل ذلك في النوعين، فصار في هذا كالجنسين.

[فصل النوع الواحد من بستانين لا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يبدو الصلاح]
(٢٩٠٦) فصل: فأما النوع الواحد من بستانين، فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يبدو الصلاح في أحدهما، متجاورين كانا أو متباعدين، وهذا مذهب الشافعي. وحكي عن أحمد رواية أخرى؛ أن بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له، ولما قاربه. وبهذا قال مالك؛ لأنهما يتقاربان في الصلاح، فأشبها القراح الواحد. ولأن المقصود الأمن من العاهة، وقد وجد. والمذهب الأول؛ لأنه إنما جعل ما لم يبد صلاحه بمنزلة ما بدا، وتابعا له، دفعا لضرر الاشتراك، واختلاف الأيدي، وإلا فالأصل اعتبار كل شيء بنفسه.
وما في قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر، فوجب أن لا يتبع الآخر، كما لو تباعدا. وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع. ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد، فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان، لم يجز؛ لدخوله تحت عموم النهي. ويقدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم، وهي ما إذا باعه مع ما بدا صلاحه لأنه دخل في جواز البيع تبعا، دفعا لمضرة الاشتراك، واختلاف الأيدي. ولا يوجد ذلك هاهنا، ولأنه قد يدخل في البيع تبعا ما يجوز إفراده، كالثمرة تباع مع الأصل، والزرع مع

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥٥

الأرض، واللبن في الضرع مع الشاة.
ويحتمل الجواز؛ لأن الكل في حكم ما بدا صلاحه، ولأنه يجوز بيعه مع غيره، فجاز بيعه مفردا، كالذي بدا صلاحه.

[فصل إذا احتاجت الثمرة إلى سقي لزم البائع ذلك]

(٢٩٠٧) فصل: وإذا احتاجت الثمرة إلى سقي لزم البائع ذلك، لأنه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة، وذلك يكون بالسقي. فإن قيل: فلم قلتم إنه إذا باع الأصل، وعليه ثمرة للبائع، لا يلزم المشتري سقيها؟." (١)

"لا يصح الشرط؛ «لنهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع وشرط» ، ولأنه ينافي مقتضى البيع، فأشبه ما لو شرط أن لا يسلمه، وذلك؛ لأنه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعته، ولأن مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه، وهذا شرط ينافيه، وقال ابن عقيل: فيه رواية ثانية، أنه يبطل البيع والشرط، نقلها عبد الله بن محمد الفقيه، في الرجل يشتري من الرجل جارية، ويشترط أن تخدمه، فالبيع باطل.
وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسألة، فإن اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين؛ أحدهما، أنها مجهولة، وإطلاقها يقتضي خدمتها أبدا، وهذا لا خلاف في بطلانه، إنما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة. الثاني، أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها، فيفضي إلى الخلوة بها، والخطر برؤيتها، وصحبتها، ولا يوجد هذا في غيرها، ولذلك منع إعارة الجارية الشابة لغير محرمها.
وقال مالك: إذا اشترط ركوبا إلى مكان قريب، جاز، وإن كان إلى مكان بعيد كره؛ لأن اليسير تدخله المسامحة. ولنا، ما روى جابر: «أنه باع النبي - صلى الله عليه وسلم - جملا، واشترط ظهره إلى المدينة» . وفي لفظ قال: «فبعته بأوقية، واستثنيت حملانه إلى أهلي.» متفق عليه. وفي لفظ «قال: فبعته منه بخمس أواق، قال: قلت: على أن لي ظهره إلى المدينة. قال: ولك ظهره إلى المدينة» . ورواه مسلم. «ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم -: نهى عن الثنيا إلا أن تعلم.» وهذه معلومة، ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلة مؤبرة، أو أرضا مزروعة، أو دارا مؤجرة، أو أمة مزوجة، فجاز أن يستثنيها، كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير، ولم يصح «نهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع وشرط. وإنما نهى عن شرطين في بيع»
، فمفهومه إباحة الشرط الواحد، و قياسهم ينتقض باشتراط الخيار والتأجيل في الثمن.

---
(١) المغني لابن قدامة ٤/٦٨

[فصل باعه أمة واستثنى وطأها مدة معلومة]

(٢٩٢١) فصل: وإن باعه أمة، واستثنى وطأها مدة معلومة، لم يجز؛ لأن الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح؛ لقوله تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ [المؤمنون: ٥] ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٦] ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ [المؤمنون: ٧] ، وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيث نبيحه؛ لأن المكاتبة مملوكة، فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك. واختار ابن عقيل، أنه لا يباح وطؤها أيضا. وهو قول أكثر الفقهاء.

[فصل باع المشتري العين المستثناة منفعتها]

(٢٩٢٢) فصل: وإن باع المشتري العين المستثناة منفعتها، صح البيع، وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضا، فإن كان عالما بذلك، فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، فلم يثبت له خيار، كما لو اشترى." (١)

"معيبا يعلم عيبه، فإن لم يعلم، فله خيار الفسخ؛ لأنه عيب، فهو كما لو اشترى أمة مزوجة، أو دارا مؤجرة.

وإن أتلف المشتري العين، فعليه أجرة المثل؛ لتفويت المنفعة المستحقة لغيره، وثمن المبيع، وإن تلفت العين بتفريطه، فهو كتلفها بفعله. نص عليه أحمد. وقال: يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل. قال القاضي: معناه عندي، القدر الذي نقصه البائع لأجل الشرط. وظاهر كلام أحمد خلاف هذا؛ لأنه يضمن ما فات بتفريطه، فضمنه بعوضه، وهو أجرة المثل، فأما إن تلفت بغير فعله، ولا بتفريطه، لم يضمن. قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: فعلى المشتري أن يحمله على غيره؛ لأنه كان له حملان؟ قال: لا. إنما شرط هذا عليه بعينه.

ولأنه لم يملكها البائع من جهته، فلم يلزمه عوضها، كما لو تلفت النخلة المؤبرة، بثمرتها أو غير المؤبرة إذ اشترط البائع ثمرتها، وكما لو باع حائطا، واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت. وقال القاضي: عليه ضمانها، أخذا من عموم كلام أحمد. وإذا تلفت العين، رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل، وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٧٤

(٢٩٢٣) فصل: وإذا اشترط البائع منفعة المبيع، وأراد المشتري أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع في المنفعة، أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله، وله استيفاء المنفعة من غير المبيع. نص عليه أحمد؛ لأن حقه تعلق بها، فأشبه ما لو استأجر عينا، فبذل له الآخر مثلها، ولأن البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين، فلا يجبر على قبول عوضها. فإن تراضيا على ذلك، جاز؛ لأن الحق لهما، ولا يخرج عنهما، وإن أراد البائع إعارة العين، أو إجارتها لمن يقوم مقامه، فله ذلك في قياس المذهب؛ لأنها منافع مستحقة له، فملك ذلك فيها، كمنافع الدار المستأجرة والموصى بمنافعها، ولا يجوز إجارتها إلا لمثله في الانتفاع، فإن أراد إجارتها أو إعارتها لمن يضر بالعين بانتفاعه، لم يجز ذلك. كما لا يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه. ذكر ذلك ابن عقيل.

[فصل اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل]

(٢٩٢٤) فصل: إذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع، فأقام البائع مقامه من يعمل العمل، فله ذلك؛ لأنه هاهنا بمنزلة الأجير المشترك، يجوز أن يعمل العمل بنفسه، وبمن يقوم مقامه. وإن أراد بذل العوض عن ذلك، لم يلزم المشتري قبوله، وإن أراد المشتري أخذ العوض عنه، لم يلزم البائع بدله؛ لأن المعاوضة عقد تراض، فلم يجبر عليه أحد.

وإن تراضيا عليه، احتمل الجواز؛ لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها، لو لم يشترطها، فإذا ملكها المشتري، جاز له أخذ العوض عنها، كما لو استأجرها، وكما يجوز أن يؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي، ويحتمل أن لا يجوز؛ لأنه مشترط بحكم العادة والاستحسان لأجل الحاجة، فلم يجز أخذ العوض عنه، كالقرض، فإنه يجوز أن يرد في الخبز والخمير أقل أو أكثر. ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكسره بقدر الزيادة الجائزة، لم يجز. ولأنه أخذ عوض عن مرفق معتاد." (١)

"جرت العادة بالعفو عنه دون أخذ العوض، فأشبه المنافع المستثناة شرعا، وهو ما لو باع أرضا فيها زرع للبائع، واستحق تبقيته إلى حين الحصاد، فلو أخذه قصيلا لينتفع بالأرض إلى وقت الحصاد، لم يكن له ذلك.

[فصل قال بعتك هذه الدار وأجرتكها شهرا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٧٥

(٢٩٢٥) فصل: ولو قال: بعتك هذه الدار وأجرتكها شهرا. لم يصح؛ لأنه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع، فإذا أجره إياها، فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري فلم يصح. قال ابن عقيل: وقد «نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن قفيز الطحان.» ومعناه أن يستأجر طحانا، ليطحن له كراء بقفيز منه، فيصير كأنه شرط عمله في القفيز عوضا عن عمله في باقي الكراء المطحون. ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع.

[فصل لا شرطان في بيع]

(٢٩٢٦) فصل: وإن شرط في المبيع إن هو باعه فالبائع أحق به بالثمن. فروى المروذي عنه أنه قال: في معنى حديث النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا شرطان في بيع» . يعني أنه فاسد؛ لأنه شرط أن يبيعه إياه، وأن يعطيه إياه بالثمن الأول، فهما شرطان في بيع نهي عنهما، ولأنه ينافي مقتضى العقد؛ لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه، فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان، أو أن لا يبيعه أصلا، وروى عنه إسماعيل بن سعيد: البيع جائز؛ لما روي عن ابن مسعود، أنه قال: ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية، وشرطت لها إن بعتها، فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به، فذكرت ذلك لعمر، فقال: لا تقربها ولأحد فيها شرط. قال إسماعيل: فذكرت لأحمد الحديث، فقال: البيع جائز، و " لا تقربها "؛ لأنه كان فيها شرط واحد للمرأة.

ولم يقل عمر في ذلك البيع: فاسد. فحمل الحديث على ظاهره، وأخذ به. وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته، وال قياس يقتضي فساده. ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد الشرط؛ وفي رواية إسماعيل بن سعيد على جواز البيع، فيكون البيع صحيحا، والشرط فاسدا، كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها. وقول أحمد: " لا تقربها ". قد روي مثله في من اشترط في الأمة أن لا يبيعها ولا يهبها، أو شرط عليه ولاءها، ولا يقربها. والبيع جائز. واحتج بحديث عمر: " لا تقربها ولأحد فيها مثنوية ". قال القاضي: وهذا على الكراهة لا على التحريم. قال ابن عقيل: عندي أنه إنما منع من الوطء؛ لمكان الخلاف في العقد؛ لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب. والله أعلم.

[مسألة باع حائطا واستثنى منه صاعا]

[الفصل الأول باع ثمرة بستان واستثنى صاعا]

(٢٩٢٧) مسألة؛ قال: وإذا باع حائطا واستثنى منه صاعا، لم يجز. وإن استثنى منه نخلة أو شجرة بعينها،

جاز. الكلام في هذه المسألة في فصلين؛ (٢٩٢٨) الفصل الأول، أنه إذا باع ثمرة بستان، واستثنى صاعا، أو آصعا، أو مدا، أو أمدادا، أو باع صبرة." [١]

"واستثنى منها مثل ذلك، لم يجز. وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، والحسن، والشافعي، والأوزاعي، وإسحاق، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى، أنه يجوز، وهو قول ابن سيرين، وسالم بن عبد الله، ومالك؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم -: نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم.» رواه الترمذي وقال: هو حديث حسن صحيح، وهذه ثنيا معلومة، ولأنه استثنى معلوما أشبه ما إذا استثنى منها جزءا.

ولنا، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: نهى عن الثنيا.» رواه البخاري. ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر، والاستثناء يغير حكم المشاهدة؛ لأنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة، فلم يجز، ويخالف الجزء؛ فإنه لا يغير حكم المشاهدة، ولا يمنع المعرفة بها.

[فصل باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة]

(٢٩٢٩) فصل: وإن باع شجرة، أو نخلة، واستثنى أرطالا معلومة، فالحكم فيه كما لو باع حائطا واستثنى آصعا. وقال القاضي في " شرحه ": يصح؛ لأن الصحابة، - رضي الله عنهم - أجازوا استثناء سواقط الشاة. والصحيح، ما ذكرناه. وهذا أشبه بمسألة الصاع من الحائط وإليها أقرب، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق هاهنا، فلا يصح. والله أعلم.

[الفصل الثاني استثنى من المبيع نخلة أو شجرة بعينها]

(٢٩٣٠) الفصل الثاني، أنه إذا استثنى نخلة، أو شجرة بعينها، جاز. ولا نعلم في ذلك خلافا؛ وذلك لأن المستثنى معلوم، ولا يؤدي إلى جهالة المستثنى منه. وإن استثنى شجرة غير معينة، لم يجز؛ لأن الاستثناء غير معلوم، فصار المبيع والمستثنى مجهولين.

وروي عن ابن عمر، أنه باع ثمرته بأربعة آلاف، واستثنى طعام القيان. وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معينا بقدر طعام القيان؛ لأنه لو حمل على غير ذلك لكان مخالفا «لنهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الثنيا إلا أن تعلم.» ولأن المستثنى متى كان مجهولا لزم أن يكون الباقي بعده مجهولا، فلا يصح بيعه، كما

---

(١) المغني لابن قد ا مة ٤/٧٦

لو قال: بعتك من هذه الثمرة طعام القيان.

[فصل استثنى جزءا معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا]

(٢٩٣١) فصل: وإن استثنى جزءا معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا، كثلث، أو ربع، أو أجزاء، كسبعين، أو ثلاثة أثمان، صح البيع والاستثناء. ذكره أصحابنا. وهو مذهب الشافعي. وقال أبو بكر، وابن أبي موسى: لا يجوز. ولنا أنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه، فصح، كما لو اشترى شجرة بعينها؛ وذلك لأن معنى: بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها. أي بعتك ثلثيها. وقوله: إلا ربعها معناه: بعتك ثلاثة أرباعها. ولو باع حيوانا، واستثنى ثلثه، جاز، وكان معناه بعتك ثلثيه. ومنع منه القاضي أبو يعلى قياسا على استثناء الشحم.

ولا يصح؛ لأن الشحم مجهول لا يصح إفراده بالبيع، وهذا معلوم؛ ويصح إفراده بالبيع،." [١]

"فصح استثناؤه، كالشجرة المعينة، و قياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح، فعلى هذا يصيران شريكين فيه، للمشتري ثلثاه وللبائع ثلثه.

[فصل قال بعتك قفيزا من هذه الصبرة إلا مكوكا]

(٢٩٣٢) فصل: فإن قال: بعتك قفيزا من هذه الصبرة إلا مكوكا. جاز؛ لأن القفيز معلوم، والمكوك معلوم، فلا يفضي إلى الجهالة، ولو قال: بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم، إلا بقدر درهم. صح؛ لأن قدره معلوم من المبيع وهو الربع، فكأنه قال: بعتك ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم. ولو قال: إلا ما يساوي درهما. لم يصح؛ لأن ما يساوي الدرهم قد يكون الربع، أو أكثر أو أقل، فيكون مجهولا، فيبطل.

[فصل باع قطيعا واستثنى منه شاة بعينها]

(٢٩٣٣) فصل: وإن باع قطيعا، واستثنى منه شاة بعينها، صح. وإن استثنى شاة غير معينة، لم يصح. نص عليه. وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال مالك: يصح أن يبيع مائة شاة إلا شاة يختارها، أو يبيع ثمرة حائطه، ويستثني ثمرة نخلات يعدها.

ولنا، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: نهى عن الثنيا إلا أن تعلم. ونهى عن بيع الغرر.» ولأنه مبيع مجهول، والمستثنى منه مجهول، فلم يصح، كما لو قال: إلا شاة مطلقة. ولأنه مبيع مجهول، فلم يصح،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٧٧

كما لو قال: بعتك شاة تختارها من القطيع. وضابط هذا الباب، أنه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه مفردا أو بيع ما عداه منفردا عن المستثنى، ونحو هذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي، إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة، وجلدها؛ للأثر الوارد فيه. والحمل على رواية الجواز؛ لفعل ابن عمر، وما عدا هذا فيبقى على الأصل.

[فصل باع حيوانا مأكولا واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه]

(٢٩٣٤) فصل: وإن باع حيوانا مأكولا، واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه، صح. نص عليه أحمد. وقال مالك: يصح في السفر دون الحضر؛ لأن المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط. فجوز له شراء اللحم دونها. وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يجوز؛ لأنه لا يجوز إفراده بالعقد، فلم يجز استثناؤه كالحمل. ولنا، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن الثنيا إلا أن تعلم.» وهذه معلومة، وروي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما هاجر إلى المدينة، ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة، مروا براعي غنم، فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة، وشرطا له سلبها.» وروى أبو بكر، في " الشافي " بإسناده عن جابر، عن الشعبي قال: قضى زيد بن ثابت، وأصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في بقرة باعها رجل واشترط رأسها، فقضى بالشروى. يعني أن يعطي رأسا مثل رأس. ولأن المستثنى." (١)

"والمستثنى منه معلومان، فصح، كما لو باع حائطا، واستثنى منه نخلة معينة. وكونه لا يجوز إفراده بالبيع يبطل بالثمرة قبل التأبير لا يجوز إفرادها بالبيع بشرط التبقية، ويجوز استثناؤها، والحمل مجهول.

ولنا فيه منع، فإن امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر عليه، ويلزمه قيمة ذلك على التقريب. نص عليه؛ لما روي عن علي، – رضي الله عنه – أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثنياها. فقال: اذهبوا إلى السوق، فإذا بلغت أقصى ثمنها، فأعطوه حساب ثنياها من ثمنها.

[فصل استثنى من البيع شحم الحيوان]

(٢٩٣٥) فصل: فإن استثنى شحم الحيوان، لم يصح. نص عليه أحمد. قال أبو بكر: لا يختلفون عن أبي عبد الله، أنه لا يجوز ذلك؛ «لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن الثنيا إلا أن تعلم.» ولأنه مجهول لا يصح إفراده بالبيع، فلم يصح استثناؤه، كفخذها، وإن استثنى الحمل، لم يصح استثناؤه لذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٧٨

وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والثوري، والشافعي.
وقد نقل عن أحمد صحته، وبه قال الحسن، والنخعي، وإسحاق، وأبو ثور. لما روى نافع عن ابن عمر، أنه باع جارية، واستثنى ما في بطنها. ولأنه يصح استثناؤه في العتق، فصح في البيع قياسا عليه.
ولنا، ما تقدم. والصحيح من حديث ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى ما في بطنها. لأن الثقات الحفاظ حدثوا الحديث، فقالوا: أعتق جارية. والإسناد واحد، قاله أبو بكر. ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع؛ لأن العتق لا تمنعه الجهالة ولا العجز عن التسليم، ولا يعتبر فيه شروط البيع.

[فصل في من باع جارية حاملا بحر]
(٢٩٣٦) فصل: وإن باع جارية حاملا بحر. فقال القاضي: لا يصح. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه لا يدخل في البيع، فكأنه مستثنى. والأولى صحته؛ لأن المبيع معلوم، وجهالة الحمل لا تضر من حيث إنه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ، وقد يستثنى بالشرع ما لا يصح استثناؤه باللفظ، كما لو باع أمة مزوجة صح، ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع.
ولو استثناها باللفظ لم يجز. ولو باع أرضا فيها زرع للبائع، أو نخلة مؤبرة، لوقعت منفعتها مستثناة بالشرع مدة بقاء الزرع والثمرة، ولو استثناها بقوله، لم يجز.

[فصل باع دارا إلا ذراعا وهما يعلمان ذرعان الدار]
(٢٩٣٧) فصل: ولو باع دارا إلا ذراعا، وهما يعلمان ذرعان الدار، جاز، وكان مستثنيا جزءا مشاعا منها، لأنه جزء معلوم يصح إفراده بالبيع، فجاز استثناؤه، كثلثها وربعها، وإن لم يعلما، لم يجز؛ لأنه مجهول لا يجوز إفراده بالبيع، ولأنه استثنى معلوم المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة، فلم يجز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط، والقفيز من الصبرة. وهكذا الحكم إذا باعه ضيعة إلا جريبا، فمتى علم جربان الضيعة صح، وإلا فلا.." (١)

"غير إقرار من البائع، ولا حضور. ولأن التخلية ليست بقبض تام، بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم. ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة، فإنها في شجرها، كالمنافع قبل استيفائها، توجد حالا فحالا، و

---
(١) المغني لابن قدامة ٧٩/٤

قياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة.

(٢٩٤٢) الفصل الثاني: أن الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها، كالريح، والبرد، والجراد، والعطش؛ لما روى الساجي بإسناده، عن جابر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى في الجائحة.» والجائحة تكون في البرد، والجراد، وفي الحبق، والسيل، وفي الريح. وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي - صلى الله عليه وسلم - فيجب الرجوع إليه.

وأما ما كان بفعل آدمي، فقال القاضي: المشتري بالخيار بين فسخ العقد، ومطالبة البائع بالثمن، وبين البقاء عليه، ومطالبة الجاني بالقيمة؛ لأنه أمكن الرجوع ببدله، بخلاف التالف بالجائحة. (٢٩٤٣) الفصل الثالث: أن ظاهر المذهب، أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله، كالشيء اليسير الذي لا ينضبط، فلا يلتفت إليه. قال أحمد: إني لا أقول في عشر ثمرات، ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث، ولكن إذا كانت جائحة تعرف؛ الثلث، أو الربع، أو الخمس، توضع. وفيه رواية أخرى، أن ما كان يعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري وهو مذهب مالك، والشافعي في القديم؛ لأنه لا بد أن يأكل الطير منها، وتنثر الريح، ويسقط منها، فلم يكن بد من ضابط واحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع: منها؛ الوصية، وعطايا المريض، وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلث.

قال الأثرم: قال أحمد: إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة. ولأن الثلث في حد الكثرة، وما دونه في حد القلة، بدليل قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في الوصية: (الثلث، والثلث كثير) . فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة، فلهذا قدر به.

ووجه الأول، عموم الأحاديث، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بوضع الجوائح. وما دون الثلث داخل فيه، فيجب وضعه. ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع، وإن كان قليلا، كالتي على وجه الأرض، وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة، ولا يسمى جائحة، فلا يدخل في الخبر، ولا يمكن التحرز منه، فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط. إذا ثبت هذا، فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة، وضع من الثمن بقدر الذاهب. فإن تلف." [١]

"يكال عليه.

ونحو هذا قال مالك، فإنه قال: ما بيع من الطعام مكايلة، أو موازنة، لم يجز بيعه قبل قبضه، وما بيع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٨١

مجازفة، أو بيع من غير الطعام مكايلة، أو موازنة، جاز بيعه قبل قبضه. ووجه ذلك، ما روى الأوزاعي، عن الزهري، عن حمزة بن عبد الله بن عمر، أنه سمع عبد الله بن عمر يقول: «مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا، فهو من مال المبتاع» . رواه البخاري، عن ابن عمر من قوله تعليقا.

وقول الصحابي مضت السنة. يقتضي سنة النبي - صلى الله عليه وسلم -. ولأن المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية، فكان من مال المشتري، كغير المكيل والموزون. ونقل عن أحمد، أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه، سواء كان مكيلا، أو موزونا، أو لم يكن. وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه، فإن الترمذي روى عن أحمد، أنه أرخص في بيع ما لا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه. وقال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن

قوله: نهى عن ربح ما لم يضمن. قال: هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب، فلا يبيعه حتى يقبضه. قال ابن عبد البر: الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام، وذلك لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الطعام قبل قبضه. فمفهومه إباحة بيع ما سواه قبل قبضه. وروى ابن عمر، قال: «رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رحالهم» . وهذا نص في بيع المعين. وعموم قوله - عليه السلام -: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه» . متفق عليهما. ولمسلم عن ابن عمر قال: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا، فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن نبيعه حتى ننقله من مكانه» .

وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه، ولو دخل في ضمان المشتري، جاز له بيعه والتصرف فيه، كما بعد القبض.

وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام، مع تنصيصه على المبيع مجازفة بالمنع، وهو خلاف قول القاضي وأصحابه، ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك. ووجه قول الخرقي أن الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلا، أو موزونا، أو معدودا، فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به، ويحتمل أنه أراد المكيل، والموزون، والمعدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه، وهذا أظهر دليلا وأحسن.

إذا ثبت هذا، فإنه إن تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بآفة سماوية، بطل العقد، ورجع المشتري بالثمن. وإن تلف بفعل المشتري، استقر الثمن عليه، وكان كالقبض؛ لأنه تصرف فيه. وإن أتلفه أجنبي، لم يبطل العقد، على قياس قوله في الجائحة، ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن؛ لأن التلف

حصل في يد البائع، فهو كحدوث العيب في يده، وبين البقاء على العقد، ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثليا.." [1]

"وبهذا قال الشافعي، ولا أعلم فيه مخالفا. وإن أتلفه البائع، فقال أصحابنا: الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي؛ لأنه أتلفه من يلزمه ضمانه، فأشبه ما لو أتلفه أجنبي.

وقال الشافعي: ينفسخ العقد، ويرجع المشتري بالثمن لا غير؛ لأنه تلف يضمنه به البائع، فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى. وفرق أصحابنا بينهما بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى، لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد، بخلاف ما إذا أتلفه، فإن إتلافه يقتضي الضمان بالمثل، وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن، فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمين بأيهما شاء.

[فصل تعيب في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سماوي]

(٢٩٤٧) فصل: ولو تعيب في يد البائع، أو تلف بعضه بأمر سماوي، فالمشتري مخير بين قبوله ناقصا، ولا شيء له، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن؛ لأنه إن رضيه معيبا، فكأنه اشترى معيبا وهو عالم بعيبه، ولا يستحق شيئا من أجل العيب. وإن فسخ العقد، لم يكن له أكثر من الثمن؛ لأنه لو تلف المبيع كله، لم يكن له أكثر من الثمن، فإذا تعيب، أو تلف بعضه، كان أولى. وإن تعيب بفعل المشتري، أو تلف بعضه، لم يكن له فسخ لذلك؛ لأنه أتلف ملكه، فلم يرجع على غيره. وإن كان ذلك بفعل البائع، ف قياس قول أصحابنا، أن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين أخذه، والرجوع على البائع بعوض ما أتلف أو عيب. و قياس قول الشافعي، أن يكون بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى.

وإن كان بفعل أجنبي، فله الخيار بين الفسخ، والمطالبة بالثمن، وبين أخذ المبيع، ومطالبة المتلف بعوض ما أتلف.

[فصل باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه]

(٢٩٤٨) فصل: ولو باع شاة بشعير، فأكلته قبل قبضه، فإن كانت في يد المشتري، فهو كما لو أتلفه، وإن كانت في يد البائع، فهو بمنزلة إتلافه له، وكذلك إن كانت في يد أجنبي، فهو كإتلافه. فإن لم تكن في يد أحد، انفسخ البيع؛ لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمي، فهو كتلفه بفعل الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٨٣

تعالى.

(٢٩٤٩) فصل: ولو اشترى شاة أو عبدا أو شقصا بطعام، فقبض الشاة أو العبد، أو باعهما، أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه، انفسخ العقد الأول دون الثاني، ولا يبطل الأخذ بالشفعة؛ لأنه كمل قبل فسخ العقد، ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة والعبد والشقص بقيمة ذلك؛ لتعذر رده، وعلى الشفيع مثل الطعام؛ لأنه عوض الشقص.

[مسألة ما عدا المكيل والموزون والمعدود يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه]

(٢٩٥٠) مسألة؛ قال: (وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض، وإن تلف فهو من مال المشتري) يعني ما عدا المكيل، والموزون، والمعدود، فإنه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه. وقال أبو حنيفة: كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع، إلا العقار.

وقال الشافعي: كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري. وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقوله؛ لأن ابن عباس قال: أرى كل شيء بمنزلة الطعام. ولأن التسليم واجب على البائع؛ لأنه في يده، فإذا تعذر بتلفه، انفسخ العقد، كالمكيل، والموزون، والمعدود.." (١)

"العقد معه، ويثبت للمشتري الخيار. وذهب قوم من أصحابنا إلى أن البيع فاسد؛ لأنه منهي عنه، والنهي يقتضي الفساد.

[فصل أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل]

(٢٩٧١) فصل: وإن أخبره البائع بكيله، ثم باعه بذلك الكيل، فالبيع صحيح. فإن قبضه باكتياله، تم البيع والقبض، وإن قبضه بغير كيل، كان بمنزلة قبضه جزافا. فإن كان المبيع باقيا، كاله عليه، فإن كان قدر حقه الذي أخبره به، فقد استوفاه، وإن كان زائدا رد الفضل، وإن كان ناقصا أخذ النقص، وإن كان قد تلف فالقول قول القابض في قدره مع يمينه، سواء كان النقص قليلا أو كثيرا؛ لأن الأصل عدم القبض، وبقاء الحق، وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله؛ لأن للبائع فيه علقة، فإنه لو زاد كانت الزيادة له، ولا يتصرف في أقل من حقه، بغير كيل لأن ذلك يمنعه من معرفة كيله.

وإن تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له، مثل أن يكون حقه قفيزا، فتصرف في ذلك، أو في أقل منه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٤/٤

بالكيل، ففيه وجهان؛ أحدهما له ذلك؛ لأنه تصرف في حقه بعد قبضه، فجاز، كما لو كيل له. والثاني، لا يجوز؛ لأنه لا يجوز له التصرف في الجميع فلم يجز له التصرف في البعض، كما قبل القبض. وإن قبضه بالوزن، فهو كما لو قبضه جزافا. فأما إن أعلمه بكيله، ثم باعه إياه مجازفة، على أنه له بذلك الثمن، سواء كان زائدا أو ناقصا، لم يجز؛ لما روى الأثرم بإسناده، عن الحكم، قال: «قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: اذهبوا بنا إلى عثمان، نعينه على طعامه. فقام إلى جنبه فقال عثمان: في هذه الغرارة كذا وكذا، وابتعتها بكذا وكذا. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا سميت الكيل فكل» .

قال أحمد: إذا أخبره البائع أن في كل قارورة منا، فأخذ بذلك، ولا يكتاله، فلا يعجبني؛ لقوله لعثمان: " إذا سميت الكيل فكل " قيل له: إنهم يقولون: إذا فتح فسد. قال: فلم لا تفتحون واحدا وتزنون الباقي؟

(٢٩٧٢) فصل: ولو كال طعاما، وآخر ينظر إليه، فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان؟ على روايتين، نص عليهما. إحداهما، لا يحتاج إلى كيل؛ لأنه شاهد كيله، فأشبه ما لو كيل له. والثانية، يحتاج إلى كيل؛ لأنه بيع، فاحتاج إلى كيل؛ للأخبار، وال قياس على البيع الأول. ولو كاله البائع للمشتري، ثم اشتراه منه، فكذلك؛ لما ذكرنا في التي قبلها.

ولو اشترى اثنان طعاما،." [1]

"المذكور. وقد روي عن علي – رضي الله عنه – أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة، وجاء النبي – صلى الله عليه وسلم – بالتمر.

[فصل قال بعتك من هذه الصبرة قفيزا أو قال عشرة أقفزة وهما يعلمان أنهما أكثر من ذلك]

(٢٩٧٥) فصل: ولو قال: بعتك من هذه الصبرة قفيزا. أو قال: عشرة أقفزة. وهما يعلمان أنهما أكثر من ذلك، صح. وحكي عن داود، أنه لا يصح؛ لأنه غير مشاهد، ولا موصوف. ولنا، أن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه إذا باع نصفها، وما ذكره قياس، وهو لا يحتج بال قياس، ثم لا يصح، فإنه إذا شاهد الجملة، فقد شاهد المبيع؛ لأنه بعضها.

[فصل قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٦/٤

(٢٩٧٦) فصل: وإن قال: بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، لم يصح؛ لأن " من " للتبعيض، و "كل " للعدد، فيكون ذلك العدد منها مجهولا. ويحتمل أن يصح البيع، كما يصح في الإجارة، كل دلو بتمرة، وإن قال: بعتك هذه الصبرة ال أخرى بعشرة دراهم. على أن أزيدك قفيزا، أو أنقصك قفيزا. لم يصح؛ لأنه لا يدري أيزيده أم ينقصه، ولو قال: على أن أزيدك قفيزا. لم يجز؛ لأن القفيز مجهول.

ولو قال: أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الأخرى. أو وصفه بصفة يعلم بها، صح؛ لأن معناه، بعتك هذه، وقفيزا من هذه الأخرى بعشرة دراهم. وإن قال: على أن أنقصك قفيزا. لم يصح؛ لأن معناه، بعتك هذه الصبرة، إلا قفيزا، كل قفيز بدرهم، وشيء مجهول. ولو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة لأخرى. لم يصح؛ لإفضائه إلى جهالة الثمن في التفصيل؛ لأنه يصير قفيزا وشيئا بدرهم، والشيء لا يعرفانه؛ لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان.

ولو قصد أني أحط ثمن قفيز من الصبرة لا أحتسب به، لم يصح؛ للجهالة التي ذكرناها. وإن كانت الصبرة معلوما قدر قفزانها لهما، أو قال: هذه عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم، على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة. أو وصفه بصفة يعلم بها صح لأن معناه بعتك كل قفير وعشر قفيز بدرهم. وإن لم يعلم القفيز، أو جعله هبة، لم يصح. وإن أراد أني لا أحسب عليك بثمن قفيز منها، صح أيضا؛ لأنهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن.

ولو قال: على أن أنقصك قفيزا. صح؛ لأن معناه، بعتك تسعة أقفزة بعشرة دراهم، وكل قفيز بدرهم وتسع. وحكي عن أبي بكر، أنه يصح في جميع المسائل، على قياس قول أحمد؛ لأنه يجيز الشرط الواحد. ولا يصح هذا؛ لأن المبيع مجهول، فلا يصح بيعه، بخلاف الشرط الذي لا يفضي إلى الجهالة.

[فصل بيع ما لا تتساوي أجزاؤه]

(٢٩٧٧) فصل: ولو باع ما لا تتساوى أجزاؤه، كالأرض والثوب والقطيع من الغنم، ففيه نحو من مسائل الصبر. وإن قال: بعتك هذه الأرض، أو هذه الدار، أو هذا الثوب، أو هذا القطيع، بألف. صح إذا كان مشاهدا. أو قال: بعتك نصفه، أو ثلثه، أو ربعه، بكذا. صح أيضا. فإن قال:." (١)

"لا خيار له؛ لأن ذلك ليس بعيب؛ بدليل أنه لو لم تكن مصراة، فوجدها أقل لبنا من أمثالها لم يملك ردها، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار، كما لو علفها فانتفخ بطنها، فظن المشتري أنها حامل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٨/٤

ولنا، ما روى أبو هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –، أنه قال: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعا من تمر» متفق عليه، وروى ابن عمر، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا» . رواه أبو داود. ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه، فوجب به الرد، كما لو كانت شمطاء، فسود شعرها.

و قياسهم يبطل بتسويد الشعر، فإن بياضه ليس بعيب كالكبر، وإذا دلسه ثبت له الخيار، وأما انتفاخ البطن، فقد يكون من الأكل والشرب، فلا معنى لحمله على الحمل، وعلى أن هذا ال قياس يخالف النص، واتباع قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أولى. إذا تقرر هذا، فإنما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشتري عالما بالتصرية، فإن كان عالما، لم يثبت له الخيار.

وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه؛ للخبر، ولأن انقطاع اللبن لم يوجد، وقد يبقى على حاله، فلم يجعل ذلك رضى، كما لو تزوجت عنينا، ثم طلبت الفسخ. ولنا، أنه اشتراها عالما بالتدليس، فلم يكن له خيار، كما لو اشترى من سود شعرها عالما بذلك، ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد، كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه، وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد، لا يعلق عليه حكم، والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع. ولو اشترى مصراة فصار لبنها عادة، واستمر على كثرته، لم يكن له الرد.

وقال أصحاب الشافعي له الرد، في أحد الوجهين؛ للخبر، ولأن التدليس كان موجودا حال العقد، فأثبت الرد، كما لو نقص اللبن. ولنا، أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن، ولم يوجد، فامتنع الرد، ولأن العيب لم يوجد، ولم تختلف صفة المبيع عن حالة العقد، فلم يثبت التدليس، ولأن الخيار ثبت لدفع الضرر، ولم يوجد ضرر.

(٢٩٨٦) الفصل الثاني، أنه إذا رد، لزمه رد، بدل اللبن. وهذا قول كل من جوز ردها، وهو مقدر في." [١]

"الشرع بصاع من تمر، كما في الحديث الصحيح الذي أوردناه، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وذهب مالك، وبعض الشافعية، إلى أن الواجب صاع من غالب قوت البلد، لأن في بعض الحديث: " ورد معها صاعا من طعام ".

وفي بعضها: " ورد معها مثلي أو ميلي لبنها قمحا " فجمع بين الأحاديث، وجعل تنصيصه على التمر؛ لأنه غالب قوت البلد في المدينة، ونص على القمح؛ لأنه غالب قوت بلد آخر. وقال أبو يوسف: يرد قيمة

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٣/٤

اللبن؛ لأنه ضمان متلف، فكان مقدرا بقيمته، كسائر المتلفات، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وحكي عن زفر أنه يرد صاعا من تمر، أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة. ولنا، الحديث الصحيح الذي أوردناه، وهو المعتمد عليه في هذه المسألة.

وقد نص فيه على التمر فقال: «إن شاء ردها وصاعا من تمر» . وفي لفظ للبخاري: «من اشترى غنما مصراة فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر» وفي لفظ لمسلم، رواه ابن سيرين، عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ورد صاعا من تمر لا سمراء» وفي لفظ له: «طعاما لا سمراء» يعني لا يرد قمحا.

والمراد بالطعام هاهنا التمر؛ لأنه مطلق في أحد الحديثين، مقيد في الآخر، في قضية واحدة والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد. وحديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق؛ إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحا، ثم قد شك فيه الراوي، وخالفته الأحاديث الصحاح، فلا يعول عليه. و قياس أبي يوسف مخالف للنص، فلا يلتفت إليه ولا يبعد أن يقدر الشرع، بدل هذا المتلف، قطعا للخصومة، ودفعا للتنازع، كما قدر بدل الآدمي ودية أطرافه، ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن، فلذلك أوجبه، لوجوه ثلاثة: أحدها، أن القيمة هي الأثمان لا التمر. الثاني، أنه أوجب في المصراة من الإبل والغنم جميعا صاعا من تمر، مع اختلاف لبنها.

الثالث، أن لفظه للعموم، فيتناول كل مصراة، ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعا، وإن أمكن أن يكون كذلك، فيتعين إيجاب الصاع؛ لأنه القيمة التي عين الشارع إيجابها؛ فلا يجوز أن يعدل عنها، وإذ قد ثبت هذا، فإنه يجب أن يكون الصاع من التمر جيدا، غير معيب؛ لأنه واجب بإطلاق الشارع، فينصرف إلى ما ذكرناه، كالصاع الواجب في الفطرة. ولا يحب أن يكون من الأجود، بل يجوز أن يكن من أدني ما يقع عليه اسم الجيد.

ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة الشاة، أو أقل، أو أكثر، نص عليه أحمد. وليس هذا جمعا بين البدل والمبدل؛ لأن التمر بدل اللبن، قدره الشرع به، كما قدر في يدي العبد قيمته، وفي يديه ورجليه قيمته مرتين، مع بقاء العبد على ملك سيده.." (١)

"في ضرعها لبن حال العقد، فلا شيء عليه؛ لأن ما حدث من اللبن بعد العقد يحدث على ملك المشتري، وإن كان فيه لبن حال العقد، إلا أنه شيء لا يخلو الضرع من مثله في العادة، فلا شيء فيه؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠٤

مثل هذا لا عبرة به، ولا قيمة له في العادة، فهو تابع لما حدث، وإن كان كثيرا، وكان قائما بحاله، فهل له رده؟ يبنى على رد لبن التصرية، وقد سبق.

فإن قلنا: ليس له رده، كان بقاؤه كتلفه. وهل له أن يرد المبيع؟ يخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئا فتلف منه جزء أو تعيب. والأشهر في المذهب أنه يرده، فعلى هذا يلزمه رد مثل اللبن؛ لأنه من ذوات الأمثال. والأصل ضمان ما كان من المثليات بمثله، إلا أنه خولف في لبن التصرية بالنص، ففيما عداه يبقى على الأصل، ولأصحاب الشافعي، في هذا الفصل، نحو مما ذكرنا.

[فصل متي علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها]

(٢٩٩٠) الفصل الثالث في الخيار: اختلف أصحابنا في مدته. فقال القاضي: هو مقدر بثلاثة أيام، ليس له الرد قبل مضيها، ولا إمساكها بعدها، فإن أمسكها بعد ذلك، لم يكن له الرد. قال: وهو ظاهر كلام أحمد وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأن أبا هريرة روى، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر» رواه مسلم. قالوا: فهذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فإنها لا تعرف قبل مضيها؛ لأنها في اليوم الأول لبنها لبن التصرية، وفي الثاني يجوز أن يكون لبنها نقص؛ لتغير المكان واختلاف العلف، وكذلك في الثالث، فإذا مضت الثلاثة استبانت التصرية، وثبت الخيار على الفور، ولا يثبت قبل انقضائها.

وقال أبو الخطاب: عندي متى ثبتت التصرية، جاز له الرد، قبل الثلاثة وبعدها؛ لأنه تدليس يثبت الخيار، فملك الرد به إذا تبينه، كسائر التدليس. وهذا قول بعض المدنيين. فعلى هذا يكون فائدة التقدير في الخبر بالثلاثة؛ لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم إلا بها، فاعتبرها لحصول العلم ظاهرا، فإن حصل العلم بها، أو لم يحصل بها فالاعتبار به دونها، كما في سائر التدليس. وظاهر قول ابن أبي موسى، أنه متى علم التصرية، ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها. وهذا قول ابن المنذر وأبي حامد من أصحاب الشافعي، وحكاه عن الشافعي نصا؛ لظاهر حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فإنه يقتضي ثبوت الخيار في الأيام الثلاثة كلها. وعلى قول القاضي لا يثبت الخيار في شيء منها، وإنما يثبت عقيبها.

وقول أبي الخطاب يسوي بين الأيام الثلاثة وبين غيرها، والعمل بالخبر أولى، والقياس ما قال أبو الخطاب؛ لأن الحكم كذلك في العيوب، وسائر التدليس.

[مسألة لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة]

(٢٩٩١) مسألة؛ قال: (وسواء كان المشترى ناقة أو بقرة أو شاة) جمهور أهل العلم، على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة، وشذ داود، فقال: لا يثبت." [1]

"الخيار بتصرية البقرة؛ لأن الحديث: «لا تصروا الإبل والغنم» . فدل على أن ما عداهما بخلافهما، ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص، وال قياس لا تثبت به الأحكام. ولنا عموم قوله: «من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام» .

وفي حديث ابن عمر «من ابتاع محفلة» . ولم يفصل، ولأنه تصرية بلبن من بهيمة الأنعام، أشبه الإبل والغنم، والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر؛ لأن لبنها أغزر وأكثر نفعا. وقولهم: إن الأحكام لا تثبت بال قياس. ممنوع. ثم هو هاهنا ثبت بالتنبيه، وهو حجة عند الجميع.

[فصل اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد فردهن]

(٢٩٩٢) فصل: إذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد، فردهن، رد مع كل مصراة صاعا. وبهذا قال الشافعي، وبعض أصحاب مالك. وقال بعضهم: في الجميع صاع واحد؛ لأن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر» . ولنا، عموم قوله: «من اشترى مصراة ومن اشترى محفلة» . وهذا يتناول الواحدة. ولأن ما جعل عوضا عن الشيء في صفقتين، وجب إذا كان في صفقة واحدة، كأرش العيب، وأما الحديث فإن الضمير يعود إلى الواحدة.

[فصل اشترى مصراة من غير بهيمة الأنعام]

(٢٩٩٣) فصل: فإن اشترى مصراة من غير بهيمة الأنعام، كالأمة والأتان والفرس، ففيه وجهان، أحدهما، يثبت له الخيار، اختاره ابن عقيل، وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لعموم قوله: «من اشترى مصراة ومن اشترى محفلة» . ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به، فأثبت الخيار، كتصرية بهيمة الأنعام، وذلك أن لبن الآدمية يراد للرضاع، ويرغب فيها ظئرا ويحسن ثديها، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها، فبان بخلافه، ملك الفسخ، ولو لم يكن مقصودا لما ثبت باشتراطه، ولا ملك الفسخ بعدمه. ولأن الأتان والفرس يرادان لولدهما.

والثاني: لا يثبت به الخيار؛ لأن لبنها لا يعتاض عنه في العادة، ولا يقصد قصد لبن بهيمة الأنعام، والخبر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠٦

ورد في بهيمة الأنعام، ولا يصح ال قياس عليه؛ لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثر، واللفظ العام أريد به الخاص؛ بدليل أنه أمر في ردها بصاع من تمر، ولا يجب في لبن غيرها، ولأنه ورد عاما وخاصا في قضية واحدة، فيحمل العام على الخاص، ويكون المراد بالعام في أحد الحديثين الخاص في الحديث الآخر. وعلى الوجه الأول، إذا ردها لم يلزم بدل لبنها، ولا يرد معها شيئا؛ لأن هذا اللبن لا يباع عادة، ولا يعاوض عنه.." (١)

"والثانية، له الرد، يرد أرش العيب الحادث عنده، ويأخذ الثمن. وإن شاء أمسكه، وله الأرش. وبهذا قال مالك وإسحاق.

وقال النخعي، وحماد بن أبي سليمان: يرده ونقصان العيب. وقال الحكم: يرده. ولم يذكر معه شيئا. ولنا، حديث المصراة؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بردها بعد حلبها، ورد عوض لبنها. واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - قضى في الثوب، إذا كان به عوار، برده وإن كان قد لبسه. ولأنه عيب حدث عند المشتري، فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه، وبين أخذ أرش العيب القديم، كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع.

ولأن العيبين قد استويا، والبائع قد دلس به، والمشتري لم يدلس، فكان رعاية جانبه أولى. ولأن الرد كان جائزا قبل حدوث العيب الثاني، فلا يزول إلا بدليل، وليس في المسألة إجماع ولا نص، وال قياس إنما يكون على أصل، وليس لما ذكروه أصل، فيبقى الجواز بحاله. إذا ثبت هذا، فإنه يرد أرش العيب الحادث عنده؛ لأن المبيع بجملته مضمون عليه، فكذلك أجزاؤه. وإن زال العيب الحادث عند المشتري، رده ولا أرش معه، على كلتا الروايتين. وبه قال الشافعي؛ لأنه زال المانع، مع قيام السبب المقتضي للرد، فثبت حكمه.

ولو اشترى أمة، فحملت عنده، ثم أصاب بها عيبا، فالحمل عيب في الآدميات دون غيرهن؛ لأنه يمنع الوطء ويخاف منه التلف. فإن ولدت، فالولد للمشتري. وإن نقصتها الولادة، فذلك عيب أيضا. وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد، جاز ردها؛ لأنه زال العيب، وإن كان ولدها باقيا، لم يكن له ردها دون ولدها؛ لأن ذلك تفريق بينهما، وهو محرم. وقال الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب في " مسائلهما ": له الفسخ فيها، دون ولدها. وهو قول أكثر أصحاب الشافعي. ولأنه موضع حاجة، فأشبه ما لو ولدت حرا، فإنه يجوز بيعها دون ولدها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠٧

ولنا، عموم قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» . ولأنه أمكن دفع الضرر بأخذ الأرش، أو برد ولدها معها، فلم يجز ارتكاب منهي الشرع بالتفريق بينهما، كما لو أراد الإقالة فيها دون ولدها. وقولهم: إن الحاجة داعية إليه. قلنا: قد اندفعت الحاجة بأخذ الأرش، أما إذا ولدت حرا، فلا سبيل إلى بيعه معها بحال. ولو كان المبيع حيوانا غير الآدمي، فحدث به حمل عند المشتري، لم يمنع الرد بالعيب؛ لأنه زيادة.

وإن علم بالعيب بعد الوضع، ولم تنقصه الولادة، فله إمساك الولد ورد الأم؛ لأن التفريق بينهما جائز. ولا فرق بين حملها قبل القبض، أو بعده. ولو اشتراها حاملا، فولدت عنده، ثم اطلع على العيب فردها، رد الولد معها؛." (١)

"لأنه من جملة المبيع، والزيادة فيه نماء متصل بالمبيع، فأشبه ما لو سمنت الشاة. فإن تلف الولد، فهو كتعيب المبيع عنده. فإن قلنا: له الرد. فعليه قيمته، إن اختار رد الأم، وعند أحمد؛ أنه لا قيمة عليه للولد. وحمله القاضي على أن البائع دلس العيب. وإن نقصت الأم بالولادة، فهو عيب حادث، حكمه حكم العيوب الحادثة.

ويمكن حمل كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له. وهذا أحد القولين للشافعي. فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري، فلا يلزمه رده إن كان باقيا، ولا قيمته إن كان تالفا. والأول هو الصحيح، وعليه العمل، إن شاء الله تعالى.

[فصل كان المبيع كاتبا أو صانعا فنسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيبا]

(٣٠٠٧) فصل: وإن كان المبيع كاتبا أو صانعا، فنسي ذلك عند المشتري، ثم وجد به عيبا، فذلك عيب حادث عند المشتري، حكمه حكم غيره من العيوب. وعن أحمد، يرده، ولا يرد، معه شيئا. وعلله القاضي بأنه ليس بنقص في العين، ويمكن عوده بالتذكر. قال: وعلى هذا لو كان سمينا فهزل. وال قياس ما ذكرناه؛ فإن الصياغة والكتابة متقومة تضمن في الغصب، وتلزم بشرطها في البيع، فأشبهت الأعيان والمنافع، من السمع والبصر، والعقل، وإمكان العود منتقض بالسن، والبصر، والحمل. ولعل ما روي عن أحمد أراد به، إذا دلس البائع العيب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١١٣

[فصل تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد]

(٣٠٠٨) فصل: وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد؛ فإن كان المبيع من ضمانه، فحكمه حكم العيب القديم، وإن كان من ضمان المشتري، فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض. فأما الحادث بعد القبض، فهو من ضمان المشتري، ولا يثبت به خيار. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: عهدة الرقيق ثلاثة أيام، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع، إلا في الجنون، والجذام، والبرص، فإن ظهر إلى سنة ثبت الخيار؛ لما روى الحسن، عن عقبة «؛ أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام» . وأنه إجماع أهل المدينة. ولأن الحيوان يكون فيه العيب، ثم يظهر.

ولنا، أنه ظهر في يد المشتري، ويجوز أن يكون حادثا، فلم يثبت به الخيار، كسائر المبيع، أو ما بعد الثلاثة والسنة، وحديثهم لا يثبت؛ قال الإمام أحمد: ليس فيه حديث صحيح. وقال ابن المنذر: لا يثبت في العهدة حديث صحيح، والحسن لم يلق عقبة. وإجماع أهل المدينة ليس بحجة. والداء الكامن لا عبرة به، وإنما النقص بما ظهر لا بما كمن.

[مسألة اشترى عبدا فأبق من يده وأقام البينة أن إباقه كان موجودا في يد البائع]

(٣٠٠٩) مسألة؛ قال: (إلا أن يكون البائع دلس العيب، فيلزمه رد الثمن، كاملا. وكذلك سائر المبيع) معنى دلس العيب: أي كتمه عن المشتري، مع علمه به. أو: غطاه عنه، بما يوهم المشتري عدمه. مشتق من الدلسة، وهي الظلمة. فكأن البائع يستر العيب. وكتمانه جعله في ظلمة، فخفي عن المشتري، فلم." (١)

"يره، ولم يعلم به. وسواء في هذا ما علم به فكتمه، وما ستر، فكلاهما تدليس حرام، على ما بيناه. فإذا فعله البائع، فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده، فله رد المبيع، وأخذ ثمنه كاملا، ولا أرش عليه، سواء كان الحادث بفعل المشتري، كوطء البكر، وقطع الثوب، أو بفعل آدمي آخر، مثل أن يجني عليه جان، أو بفعل العبد كالسرقة والإباق، أو بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه، سواء كان ناقصا للمبيع، أو مذهبا لجميعه.

قال أحمد، في رجل اشترى عبدا، فأبق من يده، وأقام البينة أن إباقه كان موجودا في يد البائع: يرجع به على البائع، بجميع الثمن الذي أخذه منه؛ لأنه غر المشتري، ويتبع البائع عبده حيث كان. وهذا يحكى

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١١٤

عن الحكم، ومالك؛ لأنه غره فيرجع عليه، كما لو غره بحرية أمة. وظاهر حديث المصراة يدل على أن ما حدث في يد المشتري مضمون عليه، سواء دلس البائع العيب، أو لم يدلسه، فإن التصرية تدليس، ولم يسقط عن المشتري ضمان اللبن، بل ضمنه بصاع من التمر، مع كونه قد نهى عن التصرية، وقال: «بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم» .

وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الخراج بالضمان» . يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان؛ لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له. فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له؛ لوجود علته، ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص، أو إجماع، أو قياس، ولا نعلم في هذا نصا ولا إجماعا، وال قياس إنما يكون على أصل، ولا نعلم لهذا أصلا. ولا يشبه هذا التغرير بحرية الأمة في النكاح؛ لأنه يرجع على من غره، وإن لم يكن سيد الأمة، وهاهنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء.

[فصل النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار]

(٣٠١٠) فصل: في معرفة العيوب؛ وهي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار؛ لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية، فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل هذا الشأن، وهم التجار. فالعيوب في الخلقة؛ كالجنون، والجذام، والبرص، والعمى، والعور، والعرج، والعفل، والقرن، والعتق، والرتق، والقرع، والصمم، والطرش، والخرس، وسائر المرض، والأصبع الزائدة والناقصة، والحول،." (١)

"هملاجة، أو في الفهد أنه صيود، وما أشبه هذا. فمتى بان خلاف ما اشترطه، فله الخيار في الفسخ، والرجوع بالثمن، أو الرضا به، ولا شيء له. لا نعلم بينهم في هذا خلافا؛ لأنه شرط وصفا مرغوبا فيه، فصار بالشرط مستحقا.

فأما إن شرط صفة غير مقصودة، فبانت بخلافها، مثل أن يشترطها سبطة فبانت جعدة، أو جاهلة، فبانت عالمة، فلا خيار له؛ لأنه زاده خيرا. وإن شرطها كافرة فبانت مسلمة، أو ثيبا، فبانت بكرا، فله الخيار؛ لأن فيه قصدا صحيحا، وهو أن طالب الكافرة أكثر؛ لصلاحيتها للمسلمين وغيرها، أو ليستريح من تكليفها العبادات. وقد يشترط الثيب؛ لعجزه عن البكر، أو ليبيعها لعاجز عن البكر. فقد فات قصده.

وقيل: لا خيار له؛ لأن هذين زيادة، وهو قول الشافعي في البكر، واختيار القاضي. واستبعد كونه يقصد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١١٥

الثيوبة، لعجزه عن البكر، وليس هذا ببعيد، فإنه ممكن، والاشتراط يدل عليه، فيصير بالدليل قريبا. وإن شرط الشاة لبونا، صح، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يصح؛ لأنه لا يجوز بيع اللبن في الضرع، فلم يجز شرطه.

ولنا، أنه أمر مقصود يتحقق في الحيوان، ويأخذ قسطا من الثمن، فصح اشتراطه، كالصناعة في الأمة، والهملجة في الدابة. وإنما لم يحز بيعه مفردا؛ للجهالة، والجهالة تسقط فيما كان بيعا، وكذلك لو اشتراها بغير شرط، صح بيعها معه، وكذلك يصح بيع أساسات الحيطان والنوى في التمر معه، وإن لم يجز بيعهما مفردين. وإن شرط أنها تحلب كل يوم قدرا معلوما، لم يصح؛ لتعذر الوفاء به؛ لأن اللبن يختلف، ولا يمكن ضبطه.

وإن شرطها غزيرة اللبن صح؛ لأنه يمكن الوفاء به. وإن شرطها حاملا صح. وقال القاضي: قياس المذهب أنه لا يصح. لأن الحمل لا حكم له؛ ولهذا لا يصح اللعان على الحمل، ويحتمل أنه ريح.

ولنا، أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها، فصح شرطه، كالصناعة، وكونها لبونا، وقد بينا فيما قبل أن للحمل حكما، ولذلك حكم النبي - صلى الله عليه وسلم - في الدية بأربعين خلفة في بطونها أولادها. ومنع أخذ الحوامل في الزكاة، ومنع وطء الحبالى المسبيات، وجعل الله تعالى عدة الحامل وضع حملها، وأرخص لها الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها، ومنع من الاقتصاص منها، وإقامة الحد عليها من أجل حملها. وظاهر الحديث المروي في اللعان، يدل على أنه لاعنها في حال حملها، فانتفى عنه ولدها، وإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه، لم يصح وجها واحدا؛ لأنه لا يمكن الوفاء به، وإن." (١)

"بالعيب الأول، نظرنا، فإن كان باعه عالما بالعيب، أو وجد منه ما يدل على رضاه به، فليس له رده؛ لأن تصرفه رضا بالعيب، وإن لم يكن علم بالعيب، فله رده على بائعه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: ليس له رده، إلا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم؛ لأنه سقط حقه من الرد ببيعه، فأشبه ما لو علم بعيبه.

ولنا، أنه أمكنه استدراك ظلامته برده، فملك ذلك، كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم، أو كما لو لم يزل ملكه عنه، ولا نسلم سقوط حقه، وإنما امتنع لعجزه عن رده، فإذا عاد إليه زال المانع، فظهر جواز الرد، كما لو امتنع الرد لغيبة البائع، أو لمعنى سواه. وسواء رجع إلى المشتري الأول بالعيب الأول، أو بإقالة، أو هبة، أو شراء ثان، أو ميراث، في ظاهر كلام القاضي.

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٨/٤

وقال أصحاب الشافعي: إن رجع بغير الفسخ بالعيب الأول، ففيه وجهان، أحدهما، ليس له رده؛ لأنه استدرك ظلامته ببيعه، ولم يزل بفسخه. ولنا، أن سبب استحقاق الرد قائم، وإنما امتنع لتعذره بزوال ملكه، فإذا زال المانع وجب أن يجوز الرد عليه بالعيب. فعلى هذا إذا باعها المشتري لبائعها الأول، فوجد بها عيبا كان موجودا حال العقد الأول، فله الرد على البائع الثاني، ثم للثاني رده. وفائدة الرد هاهنا، اختلاف الثمنين، فإنه قد يكون الثمن الثاني أكثر.

[الفصل الثاني باع المعيب ثم أراد أخذ أرشه]

(٣٠١٦) الفصل الثاني، أنه إذا باع المعيب، ثم أراد أخذ أرشه. فظاهر كلام الخرقي، أنه لا أرش له سواء باعه عالما بعيبه، أو غير عالم. وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي؛ لأن امتناع الرد كان بفعله، فأشبه ما لو أتلف المبيع، ولأنه قد استدرك ظلامته ببيعه، فلم يكن له أرش، كما لو زال العيب.

وقال القاضي: إن باعه مع علمه بالعيب، فلا أرش له؛ لرضاه به معيبا، وإن باعه غير عالم بالعيب، فله الأرش. نص عليه أحمد؛ لأن البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد، ولم يوجد منه الرضا به ناقصا، فكان له الرجوع عليه، كما لو أعتقه. و قياس المذهب، أن له الأرش بكل حال، سواء باعه عالما بعيبه أو جاهلا به؛ لأننا خيرناه ابتداء بين رده، وإمساكه وأخذ الأرش، فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه، ولأن الأرش عوض الجزء الفائت من المبيع، فلم يسقط ببيعه، ولا رضاه، كما لو باعه عشرة أقفزة، وسلم إليه تسعة، فباعها المشتري. وقولهم: إنه استدرك ظلامته. لا يصح، فإن ظلامته من البائع، ولم يستدركها منه، وإنما ظلم المشتري، فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له، وهذا هو الصحيح من قول مالك، وذكر أبو الخطاب عن أحمد، في رجوع بائع المعيب بالأرش، روايتين، من غير تفريق بين علم البائع بالعيب وجهله به.

وعلى قول من قال لا يستحق الأرش، فإذا علم به المشتري الثاني فرده به، أو أخذ أرشه منه، فللأول أخذ أرشه.." (١)

"معيبين، لم يوجد في أحدهما ما يمنع رده، فأراد رد أحدهما دون الآخر. فقال القاضي: ليس له ذلك. ولم يذكر فيه سوى المنع من رد أحدهما. وال قياس، أنها كالتي قبلها، إذ لو كان إمساك أحدهما مانعا من الرد فيما إذا كانا معيبين، لمنع منه إذا كان صحيحا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٢٠

[فصل اشترى اثنان شيئا فوجداه معيبا أو اشترطا الخيار فرضي أحدهما]

(٣٠١٩) فصل: إذا اشترى اثنان شيئا فوجداه معيبا، أو اشترطا الخيار فرضي أحدهما. ففيه روايتان عن أحمد، حكاهما أبو بكر، وابن أبي موسى. إحداهما، لمن لم يرض الفسخ. وبه قال ابن أبي ليلى، والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد، وهو إحدى الروايتين عن مالك. والأخرى، لا يجوز له رده. وهو قول أبي حنيفة، وأبي ثور؛ لأن المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة غير متشقص، فإذا رده مشتركا، رده ناقصا، أشبه ما لو تعيب عنده.

ووجه الأولى، أنه رد جميع ما ملكه بالعقد، فجاز، كما لو انفرد بشرائه، والشركة إنما حصلت بإيجاب البائع؛ لأنه باع كل واحد منهما نصفها، فخرجت عن ملك البائع مشقصة، بخلاف العيب الحادث.

[فصل ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضي أحدهما]

(٣٠٢٠) فصل: وإذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب، فرضي أحدهما، سقط حق الآخر من الرد؛ لأنه لو رد وحده، تشقصت السلعة على البائع، فتضرر بذلك، وإنما أخرجها عن ملكه إلى واحد غير مشقصة، فلا يجوز رد بعضها إليه مشقصا، بخلاف المسألة التي قبلها، فإن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فكأنه باع كل واحد منهما نصفها منفردا، فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إياه، وهاهنا بخلافه.

[فصل اشترى رجل من رجلين شيئا فوجده معيبا]

(٣٠٢١) فصل: ولو اشترى رجل من رجلين شيئا فوجده معيبا، فله رده عليهما. فإن كان أحدهما غائبا، رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن، ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم. ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر، فالحكم كذلك، سواء كان الحاضر الوكيل أو الموكل. نص أحمد على قريب من هذا.

فإن أراد رد نصيب أحدهما، وإمساك نصيب الآخر، جاز؛ لأنه يرد على البائع جميع ما باعه، ولا يحصل برده تشقيص؛ لأن المبيع كان مشقصا قبل البيع.

[فصل اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده معيبا]

(٣٠٢٢) فصل: فإن اشترى حلي فضة بوزنه دراهم، فوجده معيبا، فله رده، وليس له أخذ الأرش؛ لإفضائه إلى التفاضل فيما يجب التماثل فيه. فإن حدث به عيب عند المشتري، فعلى إحدى الروايتين يرده؛ ويرد،

أرش العيب الحادث عنده، يأخذ ثمنه، وقال القاضي: لا يجوز له رده؛ لإفضائه إلى التفاضل، فلا يصح؛ لأن الرد فسخ للعقد، ورفع له، فلا تبقى المعاوضة، وإنما يدفع الأرش عوضا عن العيب الحادث عنده، بمنزلة ما لو جنى عليه في ملك صاحبه من غير بيع، وكما لو فسخ الحاكم عليه.." (١)

"وعلى الرواية الأخرى، يفسخ الحاكم البيع، ويرد البائع الثمن، ويطالب بقيمة الحلي؛ لأنه لم يمكن إهمال العيب، ولا أخذ الأرش. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهاتين الروايتين. وإن تلف الحلي، فإنه يفسخ العقد ويرد قيمته، ويسترجع الثمن؛ فإن تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ.

وعندي، أن الحاكم إذا فسخ، وجب رد الحلي وأرش نقصه، كما قلنا فيما إذا فسخ المشتري على الرواية الأخرى، وإنما يرجع إلى قيمته عند تعذر رده بتلف أو عجز، وليس في رده ورد أرشه تفاضل؛ لأن المعاوضة زالت بالفسخ، فلم يبق له مقابل، وإنما هذا الأرش بمنزلة أرش الجناية عليه؛ ولأن قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه، أفضى إلى التفاضل؛ لأن قيمته عوض عنه، فلا يجوز ذلك، إلا أن يأخذ قيمته من غير جنسه، ولو باع قفيزا مما فيه الربا بمثله، فوجد أحدهما بما أخذه عيبا ينقص قيمته دون كيله، لم يملك أخذ أرشه، لئلا يفضي إلى التفاضل. والحكم فيه على ما ذكرناه في الحلي بالدراهم.

[مسألة ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو موتها في ملكه]

(٣٠٢٣) مسألة؛ قال: (وإن ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو موتها في ملكه، فله الأرش) وجملته، أنه إذا زال ملك المشتري عن المبيع بعتق، أو وقف، أو موت، أو قتل، أو تعذر الرد، لاستيلاد ونحوه قبل علمه بالعيب، فله الأرش. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة: لا أرش له؛ لأنه زال ملكه بفعل مضمون، أشبه البيع.

ولنا، أنه عيب لم يرض به، ولم يستدرك ظلامته فيه، فكان له الأرش كما لو أعتقه، والبيع لنا فيه منع، ومع تسليمه فإنه استدرك ظلامته فيه. وأما الهبة، فعن أحمد فيها روايتان؛ إحداهما، أنها كالبيع؛ لأنه لم ييأس من إمكان الرد؛ لاحتمال رجوع الموهوب إليه. والثانية له الأرش وهي أولى. ولم يذكر القاضي غيرها؛ لأنه ما استدرك ظلامته، فأشبه ما لو وقفه، وإمكان الرد ليس بمانع من أخذ الأرش عندنا؛ بدليل ما قبل الهبة. وإن أكل الطعام أو لبس الثوب، فأتلفه، رجع بأرشه. وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: لا يرجع بشيء؛ لأنه أهلك العين، فأشبه ما لو قتل العبد. ولنا أنه ما استدرك ظلامته، ولا رضي بالعيب، فلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٢٢

يسقط حقه من الأرش، كما لو تلف بفعل الله تعالى.

(٣٠٢٤) فصل: وإن فعل شيئا مما ذكرناه بعد علمه بالعيب، فمفهوم كلام الخرقي: أنه لا أرش له. وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي. وهو قياس قول القاضي؛ لقوله في من باع المعيب عالما بعيبه: ليس له أرش؛ لأنه رضي به معيبا بتصرفه فيه مع علمه بعيبه. و قياس المذهب، أن له الأرش؛ لأن له إمساك المبيع، والمطالبة بأرشه، وهذا يتنزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه.

ولأن البائع لم يوفه ما أوجبه العقد." [١]

"فكان له الرجوع بأرشه، كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه. ولأن الأرش عوض الجزء الفائت بالعيب، فلم يسقط بتصرفه فيما سواه؛ كما لو باعه عشرة أقفزة، فأقبضه تسعة، فتصرف فيها.

[فصل تصرف في المبيع تصرفا دالا على الرضا به قبل علمه بالعيب]

(٣٠٢٥) فصل: فإن استغل المبيع، أو عرضه على البيع، أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضا به، قبل علمه بالعيب، لم يسقط خياره؛ لأن ذلك لا يدل على الرضا به معيبا. وإن فعله بعد علمه بعيبه، بطل خياره في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر: وكان الحسن، وشريح، وعبد الله بن الحسن، وابن أبي ليلى، والثوري، وأصحاب الرأي، يقولون: إذا اشترى سلعة، فعرضها على البيع، لزمته. وهذا قول الشافعي. ولا أعلم فيه خلافا، فأما الأرش، فقال ابن أبي موسى: لا يستحقه أيضا.

وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الأرش. قال أحمد: أنا أقول: إذا استخدم العبد، وأراد نقصان العيب، فله ذلك، فأما إن احتلب اللبن الحادث بعد العقد، لم يسقط رده؛ لأن اللبن له، فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده. وكذلك إن ركب الدابة لينظر سيرها، أو ليسقيها، أو ليردها على بائعها. وإن استخدم الأمة ليختبرها، أو لبس القميص ليعرف قدره، لم يسقط خياره؛ لأن ذلك ليس برضا بالمبيع، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط.

وإن استخدمها لغير ذلك استخداما كثيرا، بطل رده، فإن كانت يسيرة لا تختص الملك، لم يبطل الخيار. قيل لأحمد: إن هؤلاء يقولون: إذا اشترى عبدا، فوجده معيبا فاستخدمه بأن يقول: ناولني هذا الثوب. يعني بطل خياره. فأنكر ذلك، وقال: من قال هذا؟ أو من أين أخذوا هذا؟ ليس هذا برضى حتى يكون شيء يبين. وقد نقل عنه في بطلان الخيار بالاستخدام روايتان. وكذلك يخرج هاهنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٢٣

[فصل أبق العبد ثم علم عيبه]

(٣٠٢٦) فصل: وإن أبق العبد، ثم علم عيبه، فله أخذ أرشه. فإن أخذه ثم قدر على العبد، فإن لم يكن معروف الإباق قبل البيع، فقد تعيب عند المشتري، فهل يملك رده ورد أرش العيب الحادث عنده والأرش الذي أخذه؟ على روايتين. وإن كان آبقا، فله رده ورد ما أخذه من الأرش وأخذ ثمنه.

وقال الثوري والشافعي: ليس للمشتري أخذ أرشه، سواء قدر على رده أو عجز عنه، إلا أن يهلك؛ لأنه لم ييأس من رده، فهو كما لو باعه. ولنا، أنه معيب لم يرض به، ولم يستدرك ظلامته فيه، فكان له أرشه، كما لو أعتقه، وفي البيع استدرك ظلامته، بخلاف مسألتنا.

[فصل اشترى عبدا فأعتقه ثم علم به عيبا فأخذ أرشه]

(٣٠٢٧) فصل: وإذا اشترى عبدا فأعتقه، ثم علم به عيبا فأخذ أرشه، فهو له. وعن أحمد رواية أخرى، أنه يجعله في الرقاب. وهو قول الشافعي؛ لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله، فلا يرجع إليه شيء من بدلها.." (١)

"به، لم يرجع بشيء؛ لأنه اشترى معيبا عالما بعيبه. فإن اختار المشتري فداءه، فله ذلك، والبيع بحاله؛ لأنه يقوم مقام البائع في الخيرة بين تسليمه وفدائه، وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه. فإن كانت الجناية موجبة للقصاص، فللمشتري الخيار، بين الرد وأخذ الأرش، فإن اقتص منه تعين الأرش، وهو قسط قيمته ما بينه جانيا وغير جان، ولا يبطل البيع من أصله. وبهذا قال أصحاب الشافعي.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: يرجع بجميع الثمن؛ لأن تلفه كان بمعنى استحق عند البائع، فجرى مجرى إتلافه إياه. ولنا، أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن، كما لو كان مريضا، فمات بدائه، أو مرتدا، فقتل بردته، وما ذكروه منتقض بما ذكرناه، ولا يصح قياسهم على إتلافه؛ لأنه لم يتلفه، فما اشتركا في المقتضي.

ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده، فقطعت عند المشتري، فقد تعيب في يده؛ لأن استحقاق القطع دون حقيقته، فهل يمنع ذلك رده بعيبه؟ على روايتين. ومتى اشتراه عالما بعيبه، لم يكن له رده؛ ولا أرش، كسائر المعيبات، وهذا قول الشافعي. (٣٠٣٦) فصل: وحكم المرتد حكم القاتل، في صحة بيعه، وسائر أحكامه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٤/٤

المذكورة فيه، فإن قتله غير متحتم؛ لاحتمال رجوعه إلى الإسلام. وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه، فإن لم يتب حتى قدر عليه، فقال أبو الخطاب: هو كالقاتل في غير محاربة؛ لأنه عبد قن، يصح إعتاقه، ويملك استخدامه، فصح بيعه، كغير القاتل، ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى حال قتله، ويعتقه فينجر به ولاء أولاده، فجاز بيعه، كالمريض المأيوس من برئه.

وقال القاضي: لا يصح بيعه؛ لأنه تحتم قتله وإتلافه وإذهاب ماليته، وحرم إبقاؤه، فصار بمنزلة ما لا نفع فيه من الحشرات والميتات، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع، كالمنفعة الحاصلة من الميتة؛ لسد بثق، أو إطعام كلب، والأول أصح، فإنه كان محلا للبيع، والأصل بقاء ذلك فيه، وانحتام إتلافه لا يجعله تالفا؛ بدليل أن أحكام الحياة، من التكليف وغيره، لا تسقط عنه، ولا تثبت أحكام الموتى له، من إرث ماله، ونفوذ وصيته وغيرها، ولأن خروجه عن حكم الأصل، لا يثبت إلا بدليل، ولا نص في هذا ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات؛ لأن تلك لم تكن فيها منفعة، فيما مضى، ولا في الحال، وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله؛ لزوال ما ثبت به من الرجوع عن الإقرار، وإن كان ثبت به، أو رجوع البينة، ولو لم يمكن زواله، فأكثر ما فيه تحقق تلفه، وذلك يجعله كالمريض المأيوس من برئه، وبيعه جائز.

[مسألة باع عبده أو جاريته وله مال ملكه إياه مولاه أو خصه به]

(٣٠٣٧) مسألة؛ قال: (ومن باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، إذا كان قصده للعبد لا للمال)." [١]

"[مسألة بيع المرابحة]

(٣٠٤٩) مسألة؛ قال: ومن باع شيئا مرابحة، فعلم أنه زاد في رأس ماله، رجع عليه بالزيادة وحطها من الربح معنى بيع المرابحة، هو البيع برأس المال وربح معلوم، ويشترط علمهما برأس المال فيقول: رأس مالي فيه أو هو علي بمائة بعتك بها، وربح عشرة، فهذا جائز لا خلاف في صحته، ولا نعلم فيه عند أحد كراهة. وإن قال: بعتك برأس مالي فيه وهو مائة، وأربح في كل عشرة درهما، أو قال: ده يازده. أو ده داوزده. فقد كرهه أحمد، وقد رويت كراهته عن ابن عمر، وابن عباس، ومسروق، والحسن وعكرمة، وسعيد بن جبير، وعطاء بن يسار.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٢٩

وقال إسحاق لا يجوز. لأن الثمن مجهول حال العقد، فلم يجز، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب. ورخص فيه سعيد بن المسيب، وابن سيرين، وشريح، والنخعي، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي وابن المنذر. ولأن رأس المال معلوم والربح معلوم فأشبه ما لو قال: وربح عشرة دراهم.

ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه، ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفا، ولأن فيه نوعا من الجهالة، والتحرز عنها أولى. وهذه كراهة تنزيه، والبيع صحيح؛ لما ذكرنا، والجهالة يمكن إزالتها بالحساب، فلم تضر، كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم، وأما ما يخرج به في الحساب، فمجهول في الجملة والتفصيل. إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب، فنقول: متى باع شيئا برأس ماله، وربح عشرة، ثم علم بتنبيه أو إقرار أن رأس ماله تسعون، فالبيع صحيح؛ لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد، كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال، وهو عشرة، وحطها من الربح، وهو درهم، فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهما.

وبهذا قال الثوري، وابن أبي ليلى. وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة: هو مخير بين الأخذ بكل الثمن، أو يترك قياسا على المعيب. ولنا، أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح، فإذا بان رأس ماله قدرا مبيعا به وبالزيادة التي اتفقا عليها، والمعيب كذلك عندنا، فإن له أخذ الأرش، ثم المعيب لم يرض به، إلا بالثمن المذكور، وهاهنا رضي فيه برأس المال والربح المقرر. وهل للمشتري خيار؟ فالمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح، وبين تركه.

نقله حنبل، وحكي ذلك قولا للشافعي؛ لأن المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضا، ولأنه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه؛ لكونه حالفا، أو وكيلا، أو غير ذلك. وظاهر كلام الخرقي، أنه لا خيار له؛ لأنه لم يذكره. وحكي ذلك قولا للشافعي؛ لأنه رضيه بمائة وعشرة، فإذا حصل له بتسعة وتسعين، فقد زاده خيرا، فلم يكن له خيار، كما لو اشتراه على أنه معيب، فبان صحيحا، أو أمي، فبان صانعا أو كاتبا أو وكل في شراء معين بمائة،." (١)

"ولنا أنه تغرير بالمشتري، فإنه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصلت به لأجل الصناعة، لا يرغب فيه؛ لعدم رغبته في ذلك، فأشبه ما ينقص الحيوان في مؤنته، وكسوته، وعلى المبتاع في خزنه. الضرب الثاني، أن يتغير بنقص، كنقصه بمرض، أو جناية عليه، أو تلف بعضه، أو بولادة، أو عيب، أو يأخذ المشتري بعضه، كالصوف واللبن الموجود ونحوه، فإنه يخبر بالحال على وجهه، لا نعلم فيه خلافا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٦

وإن أخذ أرش العيب، أو الجناية أخبر بذلك على وجهه. ذكره القاضي. وقال أبو الخطاب يحط أرش العيب من الثمن، ويخبر بالباقي، لأن أرش العيب عوض ما فات به، فكان ثمن الموجود هو ما بقي. وفي أرش الجناية وجهان؛ أحدهما، يحطه من الثمن، كأرش العيب. والثاني، لا يحطه كالنماء.

وقال الشافعي: يحطهما من الثمن، ويقول: تقوم علي بكذا؛ لأنه صادق فيما أخبر به، فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه. ولنا، أن الإخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصدق، وأقرب إلى البيان ونفي التغرير بالمشتري والتدليس عليه، فلزمه ذلك، كما لو اشترى شيئين بثمن واحد، وقسط الثمن عليهما. و قياس أرش الجناية عليه على النماء والكسب غير صحيح؛ لأن الأرش عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه، فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه، وكقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدهما، والنماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه، فأما إن جنى المبيع، ففداه المشتري، لم يلحق ذلك بالثمن، ولم يخبر به في المرابحة، بغير خلاف نعلمه، لأن هذا الأرش لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري.

فأما الأدوية، والمؤنة، والكسوة، وعمله في السلعة بنفسه، أو عمل غيره له بغير أجرة، فإنه لا يخبر بذلك في الثمن، وجها واحدا، وإن أخبر بالحال على وجهه، فحسن.

[فصل اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة]

فصل وإن اشترى شيئين صفقة واحدة، ثم أراد بيع أحدهما مرابحة، أو اشترى اثنان شيئا، فتقاسماه، وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة، بالثمن الذي أداه فيه، فذلك قسمان: أحدهما، أن يكون البيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة، وأشباه هذا، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة، حتى يخبر بالحال على وجهه. نص عليه أحمد. فقال: كل بيع اشتراه جماعة، ثم اقتسموه، لا يبيع أحدهم مرابحة، إلا أن يقول: اشتريناه جماعة، ثم اقتسمناه.

وهذا مذهب الثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته؛ بدليل ما لو كان المبيع شقصا وسيفا، أخذ الشفيع الشقص." (١)

"بحصته من الثمن.

ولو اشترى شيئين، فوجد أحدهما معيبا رده بحصته من الثمن. وذكر ابن أبي موسى، فيما اشتراه اثنان

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٨

فتقاسماه رواية أخرى عن أحمد، أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه؛ لأن ذلك ثمنه، فهو صادق فيما أخبر به. ولنا، أن قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن والتخمين، واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة، فلم يجز هذا فيه، فصار هذا كالخرص الحاصل بالظن، لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه، وإنما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية إليه، وكونه لا طريق له سوى التقويم، ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذه الناس طريقا لإسقاطها، فيؤدي إلى تفويتها بالكلية، وهاهنا له طريق، وهو الإخبار بالحال على وجهه، أو بيعه مساومة.

القسم الثاني، أن يكون المبيع من المتماثلات التي ينقسم الثمن عليها بالأجزاء، كالبر والشعير المتساوي، فيجوز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن. وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه خلافا؛ لأن ثمن الجزء معلوم يقينا، ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة. وإن أسلم في ثوبين بصفة واحدة، فأخذهما على الصفة، وأراد بيع أحدهما مرابحة بحصته من الثمن، فال قياس جوازه؛ لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين، لا باعتبار القيمة. وكذلك لو أقاله في أحدهما، أو تعذر تسليمه، كان له نصف الثمن، من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما، فكأنه أخذ كل واحد منهما منفردا.

ولأن الثمن وقع عليهما متساويا لتساوي صفتهما في الذمة، فهما كقفيزين من صبرة. وإن حصل في أحدهما زيادة على الصفة، جرت مجرى الحادث بعد البيع.

[فصل اشترى شيئا بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة]

(٣٠٥٣) فصل: وإن اشترى شيئا بثمن مؤجل، لم يجز بيعه مرابحة، حتى يبين ذلك وإن اشتراه من أبيه، أو ابنه، أو ممن لا تقبل شهادته له، لم يجز بيعه مرابحة، حتى يبين أمره. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد يجوز من غير بيان؛ لأنه أخبر بما اشتراه عقدا صحيحا، فأشبه ما لو اشتراه من أجنبي ولنا، أنه متهم في الشراء منهم؛ لكونه يحابيهم ويسمح لهم، فلم يجز أن يخبر بما اشتراه منهم مطلقا كما لو اشترى من مكاتبه، وفارق الأجنبي؛ فإنه لا يتهم في حقه. و قياسهم يبطل بالشراء من مكاتبه؛ فإنه لا يجوز له بيع ما اشتراه من مكاتبه مرابحة، حتى يبين أمره، ولا نعلم فيه خلافا.

وإن اشتراه من غلام دكانه الحر، فقال القاضي: إذا باعه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه

مرابحة حتى يبين أمره، ولا نعلم فيه خلافا. ولأنه متهم في حقه فأشبه من لا تقبل شهادته له.
وقال أبو الخطاب إن فعل ذلك حيلة لم يجز. وظاهره الجواز إذا لم يكن حيلة.." (١)

"الظلامة، فأشبه الرد بالعيب ولا يشبه النكاح؛ لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق وإذا فسخ العقد، فقال القاضي: ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهرا وباطنا؛ لأنه فسخ لاستدراك الظلامة، فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فوقع في الظاهر والباطن، كالفسخ باللعان، وقال أبو الخطاب إن كان البائع ظالما لم ينفسخ العقد في الباطن لأنه كان يمكنه إمضاء العقد، واستيفاء حقه، فلا ينفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع؛ لأنه غاصب، فإن كان المشتري ظالما، انفسخ البيع ظاهرا وباطنا؛ لعجز البائع عن استيفاء حقه، فكان له الفسخ، كما لو أفلس المشتري.

ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ولهم وجه ثالث أنه لا ينفسخ في الباطن بحال. وهذا فاسد؛ لأنه لو علم أنه لم ينفسخ في الباطن بحال، لما أمكن فسخه في الظاهر فإنه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع إليه بالفسخ ومتى علم أن ذلك محرم منع منه. ولأن الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهرا وباطنا، فانفسخ بفسخه في الباطن، كالرد بالعيب ويقوى عندي أنه إن فسخه الصادق منهما، انفسخ ظاهرا وباطنا؛ لذلك.

وإن فسخه الكاذب عالما بكذبه، لم ينفسخ بالنسبة إليه؛ لأنه لا يحل له الفسخ، فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه ويثبت بالنسبة إلى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع إليه؛ لأنه رجع إليه بحكم الشرع من غير عدوان منه، فأشبه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب، ولا عيب فيه.

[مسألة اختلفا في صفة السلعة]

(٣٠٦٨) مسألة؛ قال فإن كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا إلى قيمة مثلها إلا أن يشاء المشتري أن يعطي الثمن على ما قال البائع. فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري، مع يمينه في الصفة وجملته؛ أنهما إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد فيها روايتان إحداهما يتحالفان، مثل ما لو كانت قائمة. وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك والأخرى، القول قول المشتري مع يمينه. اختارها أبو بكر وهذا قول النخعي والثوري والأوزاعي وأبي حنيفة لقوله - عليه السلام - في الحديث «والسلعة قائمة» فمفهومه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري، واستحقاق عشرة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٩

في ثمنها، واختلفا في عشرة زائدة البائع يدعيها والمشتري ينكرها، والقول قول المنكر.

وتركنا هذا ال قياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه، ففيما عداه يبقى على ال قياس. ووجه الرواية الأولى عموم قوله: «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار» وقال أحمد ولم يقل فيه: والمبيع قائم إلا يزيد بن هارون قال أبو عبد الله وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودي لم يقولوا هذه الكلمة، ولكنها في حديث معن ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع اليمين، كحال قيام السلعة، وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها وقولهم: تركناه للحديث قلنا: ليس في الحديث تحالفا." (١)

"إلى ثمنه، فملك الفسخ، كما لو أفلس المشتري.

وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه، ثبت العقدان؛ لأنهما لا يتنافيان، فأشبه ما لو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعا وأنكره الآخر وإن أقام أحدهما بينة بدعواه دون الآخر ثبت ما قامت عليه البينة دون ما لم تقم عليه.

[فصل اختلفا المتبايعان في صفة الثمن]

(٣٠٧٢) فصل وإن اختلفا في صفة الثمن رجع إلى نقد البلد، نص عليه في رواية الأثرم؛ لأن الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به. وإن كان في البلد نقود، رجع إلى أوسطها. نص عليه في رواية جماعة فيحتمل أنه أراد إذا كان هو الأغلب، والمعاملة به أكثر؛ لأن الظاهر وقوع المعاملة به، فهو كما لو كان في البلد نقد واحد. ويحتمل أنه ردهما إليه مع التسوي؛ لأن فيه توسطا بينهما، وتسوية بين حقيهما، وفي العدول إلى غيره ميل على أحدهما، فكان التوسط أولى، وعلى مدعي ذلك اليمين؛ لأن ما قاله خصمه محتمل، فتجب اليمين لنفي ذلك الاحتمال، كوجوبها على المنكر.

وإذا لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان، فينبغي أن يتحالفا؛ لأنهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما، فيتحالفان، كما لو اختلفا في قدره.

[فصل اختلفا المتبايعان في أجل أو رهن أو في قدرهما أو في شرط خيار أو ضمين أو غير ذلك]

(٣٠٧٣) فصل: وإن اختلفا في أجل أو رهن، أو في قدرهما، أو في شرط خيار، أو ضمين؛ أو غير ذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٤٦

من الشروط الصحيحة، ففيه روايتان؛ إحداهما، يتحالفان. وهو قول الشافعي؛ لأنهما اختلفا في صفة العقد، فوجب أن يتحالفا، قياسا على الاختلاف في الثمن. والثانية، القول قول من ينفي ذلك مع يمينه. وهو قول أبي حنيفة لأن الأصل عدمه، فالقول قول من ينفيه، كأصل العقد، لأنه منكر، والقول قول المنكر.

[فصل اختلفا المتبايعان فيما يفسد العقد أو شرط فاسد]

(٣٠٧٤) فصل: وإن اختلفا فيما يفسد العقد، أو شرط فاسد، فقال: بعتك بخمر، أو خيار مجهول. فقال: بل بعتني بنقد معلوم، أو خيار ثلاث. فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه؛ لأن ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد. وإن قال: بعتك مكرها. فأنكره، فالقول قول المشتري؛ لأن الأصل عدم الإكراه، وصحة البيع. وإن قال: بعتك وأنا صبي. فالقول قول المشتري. نص عليه، وهو قول الثوري وإسحاق لأنهما اتفقا على العقد، واختلفا فيما يفسده، فكان القول قول من يدعي الصحة، كالتي قبلها.

ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر؛ لأنه الأصل. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين؛ أحدهما أن الأصل عدمه. وها هنا الأصل بقاؤه. والثاني أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح. وها هنا ما ثبت أنه كان مكلفا.." [1]

"هذا مقتضى النظر، لكن ترك مقتضاه في الحجام، فيبقى فيما عداه على مقتضى ال قياس. والذي ذكرناه أرفق بالناس، وأوفق لل قياس، وكلام أحمد يحمل على الورع، لا على التحريم.

[مسألة النهي عن النجش]

(٣٠٩٩) مسألة؛ قال (والنجش منهي عنه وهو أن يزيد في السلعة، وليس هو مشتريا لها) النجش: أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها، ليقتدي به المستام، فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه، فيغتر بذلك، فهذا حرام وخداع قال البخاري الناجش آكل ربا خائن، وهو خداع باطل لا يحل. وروى ابن عمر «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن النجش» وعن أبي هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال «لا تلقوا الركبان، ولا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبع حاضر لباد» متفق عليهما ولأن في ذلك تغريرا بالمشتري، وخديعة له، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - «الخديعة في

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٤٨

النار» فإن اشترى مع النجش، فالشراء صحيح، في قول أكثر أهل العلم، منهم الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أن البيع باطل. اختاره أبو بكر وهو قول مالك؛ لأن النهي يقتضي الفساد.

ولنا، أن النهي عاد إلى الناجش، لا إلى العاقد، فلم يؤثر في البيع. ولأن النهي لحق الآدمي، فلم يفسد العقد، كتلقي الركبان، وبيع المعيب، والمدلس، وفارق ما كان لحق الله تعالى؛ لأن حق الآدمي يمكن جبره بالخيار، أو زيادة في الثمن، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فللمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء، كما في تلقي الركبان، وإن كان يتغابن بمثله، فلا خيار له. وسواء كان النجش بمواطأة من البائع، أو لم يكن. وقال أصحاب الشافعي: إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع وعلمه، فلا خيار له. واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه. فقال بعضهم: لا خيار للمشتري؛ لأن التفريط منه، حيث اشترى ما لا يعرف قيمته.

ولنا، أنه تغرير بالعاقد، فإذا كان مغبونا ثبت له الخيار، كما في تلقي الركبان، ويبطل ما ذكره بتلقي الركبان.

[فصل قال البائع أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشتري واشتراها بذلك ثم بان كاذبا]

(٣١٠٠) فصل ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا. فصدقه المشتري واشتراها بذلك، ثم بان كاذبا فالبيع صحيح، وللمشتري الخيار أيضا؛ لأنه في معنى النجش.

[فصل بيع الرجل على بيع أخيه]

(٣١٠١) فصل وقوله – عليه السلام – «لا يبع بعضكم على بيع بعض.» معناه أن الرجلين إذا تبايعا، فجاء آخر إلى المشتري في مدة الخيار فقال: أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون هذا الثمن، أو أبيعك خيرا منها بثمنها، أو دونه أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشتري، ففسخ البيع، واشترى هذه، فهذا غير جائز." (١)

"وبائعها، ومبتاعها، وساقيها» . وأشار إلى كل معاون عليها، ومساعد فيها أخرج هذا الحديث الترمذي، من حديث أنس وقال: قد روي هذا الحديث عن ابن عباس، وابن عمر، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وروى ابن بطة في تحريم النبيذ، بإسناده، عن محمد بن سيرين أن قيما كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له، فأخبره عن عنب أنه لا يصلح زبيبا، ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره، فأمر بقلعه، وقال: بئس الشيخ أنا إن بعت الخمر ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية، فأشبه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها. والآية مخصوصة بصور كثيرة، فيخص منها محل النزاع بدليلنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ١٦٠

وقولهم: تم البيع بشروطه وأركانه. قلنا: لكن وجد المانع منه. إذا ثبت هذا، فإنما يحرم البيع ويبطل، إذا علم البائع قصد المشتري ذلك، إما بقوله، وإما بقرائن مختصة به، تدل على ذلك. فأما إن كان الأمر محتملا، مثل أن يشتريها من لا يعلم، أو من يعمل الخل والخمر معا، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر، فالبيع جائز. وإذا ثبت التحريم، فالبيع باطل، ويحتمل أن يصح، وهو مذهب الشافعي؛ لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه، فلم يمنع صحة العقد، كما لو دلس العيب.

ولنا، أنه عقد على عين لمعصية الله بها، فلم يصح، كإجارة الأمة للزنى والغناء. وأما التدليس، فهو المحرم، دون العقد. ولأن التحريم هاهنا لحق الله تعالى، فأفسد العقد، كبيع درهم بدرهمين، ويفارق التدليس، فإنه لحق آدمي.

[فصل بيع ما يقصد به الحرام]

(٣١١٤) فصل: وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام، كبيع السلاح لأهل الحرب، أو لقطاع الطريق، أو في الفتنة، وبيع الأمة للغناء، أو إجارتها كذلك، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها، أو لتتخذ كنيسة، أو بيت نار، وأشباه ذلك. فهذا حرام، والعقد باطل؛ لما قدمنا. قال ابن عقيل: وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل، نبه بها على ذلك، فقال في القصاب والخباز: إذا علم أن من يشتري منه، يدعو عليه من يشرب المسكر، لا يبيعه، ومن يخترط الأقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها. ونهى عن بيع الديباج للرجال، ولا بأس بيعه للنساء.

وروي عنه؛ لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار. وعلى قياسه البيض، فيكون بيع ذلك كله باطلا.

[رجل مات وخلف جارية مغنية وولدا يتيما وقد احتاج إلى بيعها]

(٣١١٥) فصل: قيل لأحمد: رجل مات، وخلف جارية مغنية، وولدا يتيما، وقد احتاج إلى بيعها قال: يبيعها على أنها ساذجة. فقيل له: فإنها تساوي ثلاثين ألف درهم، فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين دينارا. قال: لا تباع إلا على أنها ساذجة. ووجه ذلك ما روى أبو أمامة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –؛ أنه قال: «لا يجوز بيع المغنيات، ولا أثمانهن، ولا كسبهن.» قال الترمذي:." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٦٨

"عليه، أو ولدت الأمة في يد المشتري، ثم مات ولدها، احتمل أن يضمن تلك الزيادة؛ لأنها زيادة في عين مضمونة، أشبهت الزيادة في المغصوب، واحتمل أن لا يضمنها؛ لأنه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض، فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده، فإن تلفت بتفريطه، أو عدوانه، ضمنها، وإلا فلا، وإن تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة، وضمنها بما بقي من القيمة، حين التلف. قال القاضي: وهذا ظاهر كلام أحمد.

[فصل باع بيعا فاسدا وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس]

(٣١٢٦) فصل: إذا باع بيعا فاسدا وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع وللمشتري أسوة الغرماء وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لأنه في يده فكان أحق به كالمرتهن. ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه.

[فصل قال بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط]

(٣١٢٧) فصل: إذا قال: بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري فإذا شرط كون بعضه على غيره، لم يصح؛ لأنه لا يملك المنع، والثمن على غيره، ولا يشبه هذا ما لو قال: أعتق عبدك، أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة لكون هذا عوضا في مقابلة فك الزوجية ورقبة العبد، ولذلك لم يجز في النكاح أما في مسألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك، فلا يثبت لمن العوض على غيره، وإن كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان.

[فصل في بيع العربون]

(٣١٢٨) فصل والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع يقال عربون وأربون وعربان وأربان، قال أحمد لا بأس به وفعله عمر - رضي الله عنه - وعن ابن عمر أنه أجازه، وقال ابن سيرين لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين لا بأس إذا كره السلعة أن يردها يرد معها شيئا وقال أحمد هذا في معناه، واختار أبو الخطاب أنه لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي يروى ذلك عن ابن عباس والحسن لأن «النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع العربون» رواه ابن ماجه، ولأنه شرط للبائع شيئا بغير عوض

فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي ولأنه بمنزلة الخيار المجهول فإنه اشترط أن له رد البيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما، وهذا هو ال قياس وإنما صار أحمد فيه إلى ما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضي عمر." (١)

"وإلا فله كذا وكذا. قال الأثرم قلت لأحمد تذهب إليه؟ قال أي شيء أقل؟ هذا عمر - رضي الله عنه -

وضعف الحديث المروي روى هذه القصة الأثرم بإسناده، فأما إن دفع إليه قبل البيع درهما وقال لا تبع هذه السلع لغيري وإن لم أشترها منك فهذا الدرهم لك. ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ وحسب الدرهم من الثمن صح لأن البيع خلا عند الشرط المفسد، ويحتمل أن الشراء الذي اشتري لعمر كان على هذا الوجه فيحتمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر وموافقة ال قياس والأئمة القائلين بفساد العربون وإن لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضا عن انتظاره وتأخذ بيعه من أجله لأنه لو كان عوضا عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء، ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت توجب أن يكن معلوم المقدار كما في الإجارة.

[مسألة ال نهي عن بيعتان في بيعة]

(٣١٢٩) مسألة قال وإذا قال بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع وكذلك إن باعه بذهب على أن يأخذ منه دراهم بصرف ذكراه.

وجملته أن البيع بهذه الصفة باطل لأنه شرط في العقد أن يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به، والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان في بيعة قال أحمد هذا معناه، وقد روى أبو هريرة قال «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيعتين في بيعة» ، أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروي أيضا عن عبد الله بن عمرو عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وهكذا كل ما كان في معنى هذا مثل أن يقول بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا أو على أن تبيعني دارك أو على أن أؤجرك أو على أن تؤجرني كذا أو على أن تزوجني ابنتك أو على أن أزوجك ابنتي ونحو هذا فهذا كله لا يصح. قال ابن مسعود الصفقتان

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٧٥

في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء، وجوزه مالك وقال لا ألتفت إلى اللفظ الفاسد إذا كان معلوما حلالا فكأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير.

ولنا الخبر وأن النهي يقتضي الفساد ولأن العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لأن البائع لم يرض به إلا بذلك الشرط فإذا فات فات الرضا به، ولأنه شرط عقدا في عقد. لم يصح كنكاح الشغار، وقوله لا ألتفت إلى اللفظ لا يصح لأن البيع هو." (١)

"ولأن المطالبة بالمسروق شرط في القطع، وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها، ولأن هذا شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

ولنا، خبر علي – رضي الله عنه – ولأنه مقر بسرقة عين تبلغ نصابا، فوجب قطعه، كما لو أقر حر بسرقة عين في يد غيره، وما ذكروه يبطل بهذه الصورة، وإنما لم ترد العين إلى المسروق منه لحق السيد، وأما في حق العبد، فقد يثبت للمقر له، ولهذا لو عتق وعادت العين إلى يده، لزمه ردها إلى المقر له. القسم الرابع، الإقرار بما يوجب القصاص في النفس. فروي عن أحمد، أنه لا يقبل. وعموم قول الخرقي، إن أقر المحجور عليه بما يوجب حدا، أو قصاصا، أو طلق زوجته، لزمه ذلك. يقتضي قبول إقراره، وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لأنه أقر بما يوجب قصاصا، فقبل، كإقراره بقطع اليد، ولأنه أحد نوعي القصاص، فقبل إقراره به، كالآخر، ولأنه لا يقبل إقرار سيده عليه به. فقبل إقراره به، كالحد.

واحتج أصحابنا، بأن مقتضى ال قياس أن لا يقبل إقراره بالقصاص أصلا؛ لأنه إقرار على مال سيده، ولأنه متهم، إذ يحتمل أن يكون عن مواطأة بينهما، ليعفو على مال، فيستحق رقبة العبد، ولذلك لم تحمل العاقلة اعترافا، فتركنا موجب ال قياس؛ لخبر علي – رضي الله عنه – ففيما عداه يبقى على موجب ال قياس. ويفارق القصاص في النفس القصاص في الطرف؛ لأنه قد يحتمل أنه أراد التخلص من سيده، ولو بفوات نفسه.

وكل موضع حكمنا بقبول إقراره بالقصاص، فحكمه حكم الثابت بالبينة، فلولي الجناية العفو، والاستيفاء، والعفو على مال، فإن عفا، تعلق الأرش برقبة العبد، على ما مر بيانه. ويحتمل أن لا يملك العفو على مال؛ لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بمال.

[مسألة بيع الكلب]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٧٦

(٣١٥٣) مسألة؛ قال: (وبيع الكلب باطل، وإن كان معلما) لا يختلف المذهب في أن بيع الكلب باطل، أي كلب كان. وبه قال الحسن، وربيعة، وحماد، والأوزاعي، والشافعي، وداود. وكره أبو هريرة ثمن الكلب. ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله، وعطاء، والنخعي. وجوز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها، وأخذ ثمنها، وعنه رواية في الكلب العقور، أنه لا يجوز بيعه.

واختلف أصحاب مالك، فمنهم من قال: لا يجوز. ومنهم من قال: الكلب المأذون في إمساكه، يجوز بيعه، ويكره. واحتج من أجاز بيعه بما روي عن جابر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن ثمن الكلب والسنور، إلا كلب الصيد» . ولأنه يباح الانتفاع به، ويصح نقل اليد فيه، والوصية به، فصح بيعه، كالحمار.

ولنا، ما روى أبو مسعود الأنصاري، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن» . متفق عليه وعن رافع بن خديج قال، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ." (١)

": «ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث، وكسب الحجام خبيث» . متفق عليهما.

وروي عن ابن عباس أنه قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ثمن الكلب، فإن جاء يطلبه فاملئوا كفه ترابا» . رواه أبو داود. ولأنه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه، أشبه الخنزير، أو حيوان نجس العين، أشبه الخنزير. فأما حديثهم، فقال أحمد: هذا من الحسن بن أبي جعفر، وهو ضعيف. وقال الدارقطني: الصحيح أنه موقوف على جابر، وقال الترمذي: لا يصح إسناد هذا الحديث. وقد روي عن أبي هريرة،

ولا يصح أيضا. ويحتمل أنه أراد، ولا كلب صيد، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك، قال الشاعر:

وكل أخ مفارقه أخوه ... لعمر أبيك إلا الفرقدان

أي والفرقدان. ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد.

[فصل إجارة الكلب]

(٣١٥٤) فصل: ولا تجوز إجارته. نص عليه أحمد. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يجوز؛ لأنها منفعة مباحة، فجازت المعاوضة عنها، كنفع الحمير. ولنا، أنه حيوان محرم بيعه؛ لخبثه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٨٩

فحرمت إجارته، كالخنزير. و قياسهم ينتقض بضراب الفحل، فإنها منفعة مباحة، ولا يجوز إجارتها، ولأن إباحة الانتفاع لم تبح بيعه، فكذلك إجارته، ولأن منفعته لا تضمن في الغصب، فإنه لو غصبه غاصب مدة، لم يلزمه لذلك عوض، فلم يجز أخذ العوض عنها في الإجارة، كنفع الخنزير.

[فصل الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه]

(٣١٥٥) فصل: وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه؛ لأنها نقل لليد فيه من غير عوض. وتصح هبته؛ لذلك. وقال القاضي: لا تصح؛ لأنها تمليك في الحياة، أشبهت البيع. والأول أصح. ويفارق البيع؛ لأنه يؤخذ عوضه، وهو محرم. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

[مسألة قتل الكلب المعلم]

(٣١٥٦) مسألة؛ قال: (ومن قتله وهو معلم، فقد أساء، ولا غرم عليه) أما قتل المعلم فحرام، وفاعله مسيء ظالم، وكذلك كل كلب مباح إمساكه؛ لأنه محل منتفع به يباح اقتناؤه، فحرم إتلافه، كالشاة. ولا نعلم في هذا خلافا. ولا غرم على قاتله. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك وعطاء: عليه الغرم؛ لما ذكرنا في تحريم إتلافه.." (١)

"ولنا، أنه محل يحرم أخذ عوضه لخبثه، فلم يجب غرمه بإتلافه، كالخنزير، وإنما يحرم إتلافه؛ لما فيه من الإضرار. وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الضرر والإضرار.

[فصل قتل الكلب الأسود البهيم]

فصل: فأما قتل ما لا يباح إمساكه، فإن الكلب الأسود البهيم يباح قتله؛ لأنه شيطان. قال عبد الله بن الصامت: سألت أبا ذر فقلت: «ما بال الأسود من الأحمر من الأبيض؟ فقال: سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كما سألتني، فقال: الكلب الأسود شيطان» . رواه مسلم، وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لولا أن الكلاب أمة من الأمم لأمرت بقتلها، فاقتلوا منها كل أسود بهيم» . ويباح قتل الكلب العقور؛ لما روت عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «خمس من الدواب كلهن فاسق، يقتلن في الحل والحرم؛ الغراب، والحدأة، والعقرب والفأرة، والكلب العقور» . متفق عليه، ويقتل كل واحد من هذين، وإن كان معلما؛ للخبرين. وعلى قياس الكلب العقور،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩٠

كل ما آذى الناس، وضرهم في أنفسهم. وأموالهم، يباح قتله؛ لأنه يؤذي بلا نفع، أشبه الذئب، وما لا مضرة فيه، لا يباح قتله؛ لما ذكرنا من الخبر.

وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه «أمر بقتل الكلاب، حتى إن المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله، ثم نهى عن قتلها، وقال: عليكم بالأسود البهيم ذي الطفيتين، فإنه شيطان» رواه مسلم.

[فصل اقتناء الكلب]

(٣١٥٨) فصل: ولا يجوز اقتناء الكلب، إلا كلب الصيد، أو كلب ماشية، أو حرث؛ لما روي عن أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من اتخذ كلبا إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع، نقص من أجره كل يوم قيراط» . وعن ابن عمر قال: سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية، فإنه ينقص من أجره كل يوم قيراطان» . قال سالم: وكان أبو هريرة يقول: أو كلب حرث. متفق عليه.

وإن اقتناه لحفظ البيوت، لم يجز؛ للخبر. ويحتمل الإباحة. وهو قول أصحاب الشافعي؛ لأنه في معنى الثلاثة، فيقاس عليها. والأول أصح؛ لأن قياس غير الثلاثة عليها، يبيح ما يتناول الخبر تحريمه. قال القاضي: وليس هو في معناها، فقد يحتال اللص لإخراجه بشيء يطعمه إياه، ثم يسرق المتاع. وأما الذئب، فلا يحتمل هذا في حقه، ولأن اقتناءه في البيوت يؤذي المارة، بخلاف الصحراء.

[فصل تربية الجرو الصغير]

(٣١٥٩) فصل: فأما تربية الجرو الصغير لأحد الأمور الثلاثة، فيجوز في أقوى الوجهين؛." [١]

"كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه، مما يباح الانتفاع به، فينبغي أن يشرع ذلك فيه؛ ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه، فما يباح الانتفاع به، ينبغي أن يجوز بيعه.

(٣١٦٥) فصل: فإن كان الفهد والصقر ونحوهما، مما ليس بمعلم، ولا يقبل التعليم، لم يجز بيعه؛ لعدم النفع به. وإن كان مما يمكن تعليمه، جاز بيعه؛ لأن مآله إلى الانتفاع، فأشبه الجحش الصغير. (٣١٦٦) فصل: فأما ما يصاد عليه، كالبومة التي يجعلها شباكا، لتجمع الطير إليها، فيصيده الصياد، فيحتمل جواز بيعها، للنفع الحاصل منها، ويحتمل المنع؛ لأن ذلك مكروه؛ لما فيه من تعذيب الحيوان. وكذلك اللقلق

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩١/٤

ونحوه.

[فصل بيع بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير]

(٣١٦٧) فصل: فأما بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير، فإن كان مما لا نفع فيه، لم يجز بيعه، طاهرا كان أو نجسا. وإن كان ينتفع به، بأن يصير فرخا، وكان طاهرا، جاز بيعه؛ لأنه طاهر منتفع به؛ أشبه أصله، وإن كان نجسا، كبيض البازي، والصقر، ونحوه، فحكمه حكم فرخه.

وقال القاضي: لا يجوز بيعه؛ لأنه نجس، لا ينتفع به في الحال. وهذا ملغى بفرخه، وبالجحش الصغير.

[فصل بيع القرد]

(٣١٦٨) فصل: قال أحمد: أكره بيع القرد. قال ابن عقيل: هذا محمول على بيعه للإطافة به، واللعب، فأما بيعه لمن ينتفع به، كحفظ المتاع والدكان ونحوه، فيجوز؛ لأنه كالصقر والبازي. وهذا مذهب الشافعي.

و قياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقا.

[فصل بيع العلق التي ينتفع بها]

(٣١٦٩) فصل: وفي بيع العلق التي ينتفع بها، مثل التي تعلق على وجه صاحب الكلف، فتمص الدم، والديدان التي تترك في الشص، فيصاد بها السمك، وجهان؛ أصحهما جواز بيعها؛ لحصول نفعها، فهي كالسمك والثاني، لا يجوز؛ لأنها لا ينتفع بها، إلا نادرا، فأشبهت ما لا نفع فيه.

[فصل بيع دود القز وبزره]

(٣١٧٠) فصل: ويجوز بيع دود القز، وبزره. وقال أبو حنيفة، في رواية عنه: إن كان مع دود القز قز، جاز بيعه، وإلا فلا؛ لأنه لا ينتفع بعينه، فهو كالحشرات. وقيل: لا يجوز بيع بزره. ولنا أن الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه؛ لتملك ما يخرج منه، أشبه البهائم، ولأن الدود وبزره." [١]

" قياس قول القاضي؛ لأنه يتناثر ويختلف. وعلى قول غير القاضي من أصحابنا، حكم ما مسته النار من ذلك حكم غيره. وبه قال مالك، والأوزاعي، وأبو ثور.

والعقد يقتضيه سليما من التأثر، والعادة في طبخه تتفاوت، فأشبه غيره.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩٤

[فصل السلم في الجلود]

(٣٢٠١) فصل: وفي الجلود من الخلاف مثل ما في الرءوس والأطراف. وقال الشافعي: لا يصح السلم فيها؛ لأنها تختلف، فالورك ثخين قوي، والصدر ثخين رخو، والبطن رقيق ضعيف، والظهر أقوى، فيحتاج إلى وصف كل موضع منه، ولا يمكن ذرعه؛ لاختلاف أطرافه. ولنا، أن التفاوت في ذلك معلوم، فلم يمنع صحة السلم فيه، كالحيوان؛ فإنه يشتمل على الرأس والجلد والأطراف واللحم والشحم وما في البطن، وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين والأذنين والعينين، ويختلف ذلك، ولم يمنع صحة السلم فيه، كذا هاهنا.

[فصل السلم في اللحم]

(٣٢٠٢) فصل: ويصح السلم في اللحم. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأنه يختلف. ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم، أو وزن معلوم» . وظاهره إباحة السلم في كل موزون. ولأننا قد بينا جواز السلم في الحيوان، فاللحم أولى.

الشرط الثاني، أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهرا

فإن المسلم فيه عوض في الذمة، فلا بد من كونه معلوما بالوصف كالثمن، ولأن العلم شرط في المبيع، وطريقه إما الرؤية وإما الوصف. والرؤية ممتنعة هاهنا، فتعين الوصف. والأوصاف على ضربين: متفق على اشتراطها، ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف؛ الجنس، والنوع، والجودة والرداءة. فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه. ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في اشتراطها. وبه يقول أبو حنيفة، ومالك، والشافعي.
الضرب الثاني، ما يختلف الثمن باختلافه مما عدا هذه الثلاثة الأوصاف، وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه، ونذكرها عند ذكره. وذكرها شرط في السلم عند إمامنا والشافعي. وقال أبو حنيفة: يكفي ذكر الأوصاف الثلاثة لأنها تشتمل على ما وراءها من الصفات. ولنا، أنه يبقى من الأوصاف، من اللون والبلد ونحوهما، ما يختلف الثمن والغرض لأجله، فوجب، ذكره، كالنوع. ولا يجب استقصاء كل الصفات؛ لأن ذلك يتعذر، وقد ينتهي الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه، إذ يبعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١١/٤

"في مكان العقد فإذا ترك ذكره كان مجهولا، وإن لم يكونا في برية اقتضى العقد التسليم في مكانه، فاكتفى بذلك عن ذكره، فإن ذكره كان تأكيدا، فكان حسنا فإن شرط الإيفاء في مكان سواء، صح؛ لأنه عقد بيع فصح شرط ذكر الإيفاء في غير مكانه، كبيوع الأعيان. ولأنه شرط ذكر مكان الإيفاء، فصح، كما لو ذكره في مكان العقد.

وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى، أنه لا يصح لأنه شرط خلاف ما اقتضاه العقد، لأن العقد يقتضي الإيفاء في مكانه. وقال القاضي، وأبو الخطاب: متى ذكر مكان الإيفاء، ففيه روايتان، سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره؛ لأن فيه غررا، لأنه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان، فأشبه تعيين المكيال. واختاره أبو بكر. وهذا لا يصح؛ فإن في تعيين المكان غرضا ومصلحة لهما، فأشبه تعيين الزمان.

وما ذكروه من احتمال تعذر التسليم فيه يبطل بتعيين الزمان، ثم لا يخلو إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه، فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد، أو لا يكون ذلك مقتضى العقد فيتعين ذكر مكان الإيفاء، نفيا للجهالة عنه، وقطعا للتنازع، فالغرر في تركه لا في ذكره. وفارق تعيين المكيال، فإنه لا حاجة إليه، ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد، ويفضي إلى التنازع، وفي مسألتنا لا يفوت به شرط، ويقطع التنازع، فالمعنى المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لشرط مكان الإيفاء، فكيف يصح قياسهم عليه.

[مسألة بيع المسلم فيه قبل قبضه]

(٣٢٣٧) مسألة؛ قال: (وبيع المسلم فيه من بائعه، أو من غيره، قبل قبضه، فاسد. وكذلك الشركة فيه، والتولية، والحوالة به، طعاما كان أو غيره) أما بيع المسلم فيه قبل قبضه، فلا نعلم في تحريمه خلافا، وقد «نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الطعام قبل قبضه» ، وعن ربح ما لم يضمن. ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه، فلم يجز بيعه، كالطعام قبل قبضه.

وأما الشركة فيه والتولية، فلا تجوز أيضا؛ لأنهما بيع على ما ذكرنا من قبل. وبهذا قال أكثر أهل العلم. وحكي عن مالك جواز الشركة والتولية؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه «نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، وأرخص في الشركة والتولية» .

ولنا، أنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض، فلم يجز، كما لو كانت بلفظ البيع. ولأنهما نوعا بيع، فلم يجوزا في المسلم قبل قبضه، كالنوع الآخر، والخبر لا نعرفه، وهو حجة لنا؛ لأنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، والشركة والتولية بيع فيدخلان في النهي. ويحمل قوله: وأرخص في الشركة والتولية. على أنه أرخص

فيهما في الجملة، لا في هذا الموضع. وأما الإقالة فإنها فسخ وليست بيعا. وأما الحوالة به فغير جائزة، لأن الحوالة إنما تجوز على دين مستقر، والسلم بغرض الفسخ، فليس." [١]

"نوبته، ولأن استدامة القبض شرط، وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد، فلم يصح رهنه كالمغصوب. ولنا، أنها عين يجوز بيعها في محل الحق، فيصح رهنها كالمفرزة.

ولا نسلم أن مقصوده الحبس، بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره، والمشاع قابل لذلك، ثم يبطل ما ذكروه برهن القاتل والمرتد والمغصوب، ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية، فإنه يصح عندهم.

[فصل رهن بعض نصيبه من المشاع]

(٣٢٩٠) فصل: ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع، كما يصح أن يرهن جميعه، سواء رهنه مشاعا في نصيبه، مثل أن يرهن نصف نصيبه، أو يرهن نصيبه من معين، مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه.

وقال القاضي: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء تمكن قسمته، لاحتمال أن يقتسم الشريكان، فيحصل الرهن في حصة شريكه. ولنا، أنه يصح بيعه، فصح رهنه كغيره، وما ذكره لا يصح؛ لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن، فيمنع من القسمة المضرة، كما يمنع من بيعه.

[فصل رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني]

(٣٢٩١) فصل: ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني، سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ على النفس وما دونها. وقال القاضي: لا يصح رهن القاتل في المحاربة، واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني. وهو مذهب الشافعي، ومبنى الخلاف في هذا على الخلاف في بيعه، وقد سبق الكلام فيه في موضعه.

ثم إن كان المرتهن عالما بحاله، فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، فأشبه المشتري إذا علم العيب، وإن لم يكن عالما، ثم علم بعد إسلام المرتد وفداء الجاني، فكذلك؛ لأن العيب زال، فهو كما لو زال عيب المبيع. وإن علم قبل ذلك، فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطا في عقد بيع؛ لأن الشرط اقتضاه سليما،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٢٧

فإذا سلم إليه معيبا، ملك الفسخ، كالبيع، وإن اختار إمساكه، فليس له أرش ولا شيء؛ لأن الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه، لم يملك بدله، فبعضه أولى. وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص، أو أخذ في الجناية، فلا أرش للمرتهن. وذكر القاضي أن قياس المذهب أن له الأرش في هذه المواضع، قياسا على البيع.

وليس الأمر كذلك؛ فإن المبيع عوض عن الثمن، فإذا فات بعضه، رجع بما يقابله من الثمن، ولو فات كله، مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه، رجع بالثمن كله، والرهن ليس بعوض، ولو تلف كله قبل القبض، لما استحق الرجوع بشيء، فكيف يستحق الرجوع ببدل عينه أو فوات بعضه؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني، لم يجبر، ويباع في الجناية؛ لأن حق المجني عليه مقدم على الرهن، فأشبه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن. فعلى هذا إن استغرق." (١)

"الأرش قيمته، بيع وبطل الرهن، وإن لم يستغرقها، بيع منه بقدر الأرش، والباقي رهن.

[فصل رهن المدبر]

(٣٢٩٢) فصل: ويصح رهن المدبر، في ظاهر المذهب. بناء على جواز بيعه. ومنع منه أبو حنيفة والشافعي؛ لأنه علق عتقه بصفة، أشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق.

ولنا، أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين، أشبه الإجارة. ولأنه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق، أشبه ما لو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق. وما ذكروه ينتقض بهذا الأصل، ويفارق التدبير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين؛ لأن الرهن لا يمنع عتقه بالصفة، فإذا عتق تعذر استيفاء الدين منه، فلا يحصل المقصود، والدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير، ويقدم عليه، فلا يمنع حصول المقصود.

والحكم فيما إذا علم التدبير أو لم يعلم، كالحكم في العبد الجاني، على ما فصل فيه. ومتى مات السيد قبل الوفاء، فعتق المدبر، بطل الرهن، وإن عتق بعضه، بقي الرهن فيما بقي. وإن لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاء الدين، بيع المدبر في الدين، وبطل التدبير؛ لأن الدين مقدم على التدبير، ولا يبطل الرهن. وإن كان الدين لا يستغرقه، بيع منه بقدر الدين، وعتق منه ثلث الباقي، وما بقي للورثة.

[فصل رهن المكاتب]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٥٤

(٣٢٩٣) فصل: فأما المكاتب، فالصحيح أنه لا يصح رهنه. وهو مذهب الشافعي؛ لأن استدامة القبض في الرهن شرط في الصحيح، ولا يمكن ذلك في المكاتب. وقال القاضي: قياس المذهب صحة رهنه. وهو مذهب مالك؛ لأنه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه.

فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهنا معه، فإن عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه، وإن عتق كان ما أداه من نجومه رهنا، بمنزلة ما لو كسب العبد القن، ثم مات.

(٣٢٩٤) فصل: وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق، كمن علق عتقه بهلال رمضان، ومحل الحق آخره، لم يصح رهنه؛ لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق. ولا استيفاء الدين من ثمنه. وإن كان الدين يحل قبلها، مثل أن يعلق عتقه بآخر رمضان، والحق يحل في أوله، صح رهنه؛ لإمكان استيفاء الدين من ثمنه، فإن كانت تحتمل الأمرين، كقدوم زيد، ف قياس المذهب صحة رهنه؛ لأنه في الحال محل للرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفي الدين من ثمنه، فصح رهنه، كالمريض والمدبر. وهذا مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه -. ويحتمل أن لا يصح رهنه؛ لأن فيه غررا، إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق، ولأصحاب الشافعي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا.

[فصل رهن الجارية]

(٣٢٩٥) فصل: ويجوز رهن الجارية دون ولدها، ورهن ولدها دونها؛ لأن الرهن لا يزيل الملك، فلا يحصل بذلك تفرقة، ولأنه يمكن تسليم الولد مع أمه، والأم مع ولدها، فإن دعت الحاجة إلى بيعها في الدين، بيع ولدها معها؛ لأن الجمع في العقد ممكن، والتفريق بينهما حرام، فوجب بيعه." (١)

"امتناعهما، ضمن، وضمن الحاكم؛ لأنه لا ولاية له على غير الممتنع. وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما، ضمن، وضمن القابض.

وإن امتنعا، ولم يجد حاكما، فتركه عند عدل آخر، لم يضمن. وإن امتنع أحدهما، لم يكن له دفعه إلى الآخر، فإن فعل ضمن، والفرق بينهما أن أحدهما يمسكه لنفسه، والعدل يمسكه لهما، هذا فيما إذا كان حاضرين، فأما إذا كانا غائبين، نظرت، فإن كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه، رفعه إلى الحاكم، فقبضه منه، أو نصب له عدلا يقبضه لهما، فإن لم يجد حاكما، أودعه عند نفسه، وليس له دفعه إلى ثقة يودعه عنده، مع وجود الحاكم، فإن فعل ضمن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٥٥

فإن لم يكن له عذر، وكانت الغيبة بعيدة إلى مسافة القصر، قبضه الحاكم منه، فإن لم يجد حاكما، دفعه إلى عدل. وإن كانت الغيبة دون مسافة القصر، فهو كما لو كانا حاضرين؛ لأن ما دون مسافة القصر في حكم الإقامة. وإن كانا أحدهما حاضرا والآخر غائبا. فحكمهما حكم الغائبين، وليس له دفعه إلى الحاضر منهما. وفي جميع هذه الأقسام، متى دفعه إلى أحدهما لزمه رده إلى يده، وإن لم يفعل، فعليه ضمان حق الآخر.

[فصل كان الرهن على يدي عدل وشرطا له أن يبيعه عند حلول الحق]

(٣٣١٨) فصل: إذا كان الرهن على يدي عدل، وشرطا له أن يبيعه عند حلول الحق، صح، ويصح بيعه. وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي فإن عزل الراهن العدل عن البيع، صح عزله، ولم يملك البيع. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا ينعزل؛ لأن وكالته صارت من حقوق الرهن، فلم يكن للراهن إسقاطه، كسائر حقوقه.

وقال ابن أبي موسى ويتوجه لنا مثل ذلك؛ فإن أحمد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه، وهذا يفتح باب الحيلة للراهن، فإنه يشترط ذلك للمرتهن، ليجيبه إليه، ثم يعزله

والأول هو المنصوص عنه؛ لأن الوكالة عقد جائز، فلم يلزم المقام عليها، كسائر الوكالات، وكونه من حقوق الراهن لا يم نع من جوازه، كما لو شرطا الرهن في البيع، فإنه لا يصير لازما، وكذلك لو مات الراهن بعد الإذن، انفسخت الوكالة، و قياس المذهب أنه متى عزله عن البيع، فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن بثمنه، كما لو امتنع الراهن من تسليم الرهن المشروط في البيع، فأما إن عزله المرتهن، فلا ينعزل؛ لأن العدل وكيل الراهن، إذ الرهن ملكه، ولو انفرد بتوكيله صح، فلم ينعزل بعزل غيره، لكن لا يجوز بيعه بغير إذنه. وهكذا لو لم يعزلاه، فحل الحق، لم يبعه حتى يستأذن المرتهن؛ لأن البيع لحقه، فلم يجز حتى يأذن فيه، ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن، في ظاهر كلام أحمد لأن الإذن قد وجد مرة، فيكفي، كما في الوكالة في سائر الحقوق

وذكر القاضي وجها آخر، أنه يحتاج إلى تجديد إذن؛ لأنه يكون له غرض في قضاء الحق من غيره. والأول أولى؛ فإن الإذن كاف ما لم يغير، والغرض لا اعتبار به." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٦٥

"مع صريح الإذن بخلافه، بدليل ما لو جدد الإذن له، بخلاف المرتهن؛ فإن المبيع يفتقر إلى مطالبته بالحق، ومذهب الشافعي نحو من هذا.

[فصل أتلف الرهن في يد العدل أجنبي]

(٣٣١٩) فصل: ولو أتلف الرهن في يد العدل أجنبي، فعلى الجاني قيمته، تكون رهنا في يده، وله المطالبة بها؛ لأنها بدل الرهن، وقائمة مقامه، وله إمساك الرهن وحفظه. فإن كان المتراهنان أذنا له في بيع الرهن، فقال القاضي: قياس المذهب أن له بيع قيمته؛ لأن له بيع نماء الرهن تبعا للأصل، فالقيمة أولى.

وقال أصحاب الشافعي: ليس له ذلك؛ لأنه متصرف بالإذن، فلا يملك بيع ما لم يؤذن له في بيعه، والمأذون في بيعه قد تلف، وقيمته غيره. وللقاضي أن يقول: إنه قد أذن له في بيع الرهن، والقيمة رهن، يثبت لها حكم الأصل، من كونه يملك المطالبة بها، وإمساكها، واستيفاء دينه من ثمنها، فكذلك بيعها، فإن كانت القيمة من جنس الدين، وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن، ملك إيفاءه من القيمة؛ لأنها بدل الرهن من جنس الدين، فأشبهت ثمن البيع.

[فصل أذن الراهن والمرتهن للعدل في البيع وعينا له نقدا]

(٣٣٢٠) فصل: وإذا أذنا للعدل في البيع، وعينا له نقدا

، لم يجز له أن يخالفهما. وإن اختلفا، فقال أحدهما: بعه بدراهم. وقال الآخر: بدنانير. لم يقبل قول واحد منهما، لأن لكل واحد منهما فيه حقا، للراهن ملك اليمين، وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه، ويرفع الأمر إلى الحاكم، فيأمر من يبيعه بنقد البلد، سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه، وافق قول أحدهما أو لم يوافق؛ لأن الحظ في ذلك، والأولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه، فإن كان في البلد نقدان باعه بأغلبهما، فإن تساويا، فقال القاضي: يبيع بما يؤديه اجتهاده إليه.

وهو قول الشافعي لأنه الأحظ، والغرض تحصيل الحظ، فإن تساويا، باع بجنس الدين، فإن لم يكن فيها جنس الدين، عين له الحاكم ما يبيعه به، وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط، والمنع من البيع بدون ثمن المثل، ومن البيع نساء، متى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف

وذكر في البيع نساء رواية أخرى، أنه يجوز بناء على الوكيل. ولا يصح؛ لأن البيع هاهنا لإيفاء دين حال يجب تعجيله، والبيع نساء يمنع ذلك. وكذا نقول في الوكيل، متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجز له ذلك، وإنما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن. وكل موضع حكمنا بأن البيع باطل، وجب رد

المبيع إن كان باقيا، فإن تعذر، فللمرتهن تضمين من شاء من العدل والمشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين؛ لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه، لا رهنا، فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه، وما بقي من قيمة الرهن للراهن، يرجع به على من شاء منهما

وإن استوفى دينه من الرهن، رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما. ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد. لأن العين تلفت في يده، وإن ضمن العدل رجع على المشتري.." (١)

"والاستيفاء من ثمنه، ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظا، وبعض الذمم أملأ من بعض، وأسهل إيفاء، فلا يلزمه قبول غير ما عينه، كسائر العقود.

[فصل تعيب الرهن أو استحال العصير خمرا قبل قبضه]

(٣٣٥٧) فصل: وإن تعيب الرهن، أو استحال العصير خمرا قبل قبضه، فللبائع الخيار بين قبضه معيبا، ورضاه بلا رهن فيما إذا تخمر العصير، وبين فسخ البيع ورد الرهن. وإن علم بالعيب بعد قبضه، فكذلك. وليس له مع إمساكه أرش من أجل العيب؛ لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبضه، وهو الموجود، والجزء الفائت لم يلزم تسليمه، فلم يلزم الأرش بدلا عنه، بخلاف المبيع.

وإن تلف أو تعيب بعد القبض، فلا خيار للبائع. وإن اختلفا في زمن حدوث العيب، وهو مما لا يحتمل إلا قول أحدهما، فالقول قوله من غير يمين؛ لأن اليمين إنما تراد لدفع الاحتمال، وهذا لا يحتمل. وإن احتمل قوليهما معا، انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب في المبيع، وفيه روايتان، فيكون فيه هاهنا وجهان؛ أحدهما، القول قول الراهن. وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن الأصل صحة العقد ولزومه والآخر، القول قول المرتهن، وهو قياس قول الخرقي لقوله مثل ذلك في البيع، لأنهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت، فكان القول قوله، كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه. وإن اختلفا في زمن التلف، فقال الراهن: بعد القبض. وقال المرتهن: قبله. فالقول قوله؛ لأنه منكر للقبض

وإن كان الرهن عصيرا فاستحال خمرا، واختلفا في زمن استحالته، فالقول قول الراهن. نص عليه أحمد. وقال القاضي: يخرج فيه رواية أخرى، أن القول قول المرتهن، كالاختلاف في البيع. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن الأصل عدم القبض، كما لو اختلفا في زمن التلف

ولنا، أنهما اتفقا على العقد والقبض، واختلفا فيما يفسد به، فكان القول قول من ينفيه، كما لو اختلفا في

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٦٦

شرط فاسد، ويفارق اختلافهما في حدوث العيب من وجهين؛ أحدهما، أنهما اتفقا على القبض هاهنا، وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت

الثاني، أنهما اختلفا هنا فيما يفسد العقد، والعيب بخلافه.

[فصل وجد بالرهن عيبا]

(٣٣٥٨) فصل: ولو وجد بالرهن عيبا بعد أن حدث عنده عيب آخر، فله رده وفسخ البيع؛ لأن العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه، بخلاف المبيع. وخرجه القاضي على روايتين، بناء على البيع، فعلى قوله: لا يملك الرد. لا يملك الفسخ. والصحيح ما ذكرناه.

وإن هلك الرهن في يد المرتهن، ثم علم أنه كان معيبا، لم يملك فسخ البيع؛ لأنه تعذر عليه رده. فإن قيل: فالرهن غير مضمون، ولهذا لا يمنع رده بحدوث العيب فيه، قلنا: إنما تضمن قيمته، لأن العقد لم يقع على ملكه." (١)

"عليه. قال أبو بكر: خالف حنبل الجماعة، والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء، إلا ما خصه الشرع به، فإن ال قياس يقتضي أن لا ينتفع بشيء منه، تركناه في المركوب والمحلوب للأثر، ففيما عداه يبقي على مقتضى ال قياس. النوع الثاني، غير الحيوان، كدار استهدمت، فعمرها المرتهن، لم يرجع بشيء. رواية واحدة. وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته، فإن عمارتها غير واجبة على الراهن، فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه، فإن فعل كان متبرعا، بخلاف الحيوان، فإنه يجب على مالكه الإنفاق عليه، لحرمته في نفسه.

[فصل مؤنة رهن الحيوان إذا أنفق عليه متبرعا]

(٣٣٧٣) فصل: فأما الحيوان، إذا أنفق عليه متبرعا لم يرجع بشيء؛ لأنه تصدق به، فلم يرجع بعوضه، كما لو تصدق على مسكين. وإن نوى الرجوع على مالكه، وكان ذلك بإذن المالك، رجع عليه؛ لأنه ناب عنه في الإنفاق بإذنه، فكانت النفقة على المالك، كما لو وكله في ذلك، وإن كان بغير إذنه، فهل يرجع عليه؟ يخرج على روايتين، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه؛ لأنه ناب عنه فيما يلزمه. وقال أبو الخطاب: إن قدر على استئذانه فلم يستأذنه، فهو متبرع، لم يرجع بشيء، وإن عجز عن استئذانه، فعلى روايتين، وكذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٨٤

الحكم فيما إذا مات العبد المرهون فكفنه. والأول أقيس في المذهب؛ إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم.

[فصل انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب]

(٣٣٧٤) فصل: وإذا انتفع المرتهن بالرهن، باستخدام، أو ركوب أو لبس، أو استرضاع، أو استغلال، أو سكنى، أو غيره، حسب من دينه بقدر ذلك. قال أحمد: يوضع عن الراهن بقدر ذلك؛ لأن المنافع ملك الراهن، فإذا استوفاها فعليه قيمتها في ذمته للراهن، فيتقاص القيمة وقدرها من الدين، ويتساقطان.

[مسألة ثمرة الشجرة المرهونة]

(٣٣٧٥) مسألة؛ قال: (وغلة الدار، وخدمة العبد، وحمل الشاة وغيرها، وثمرة الشجرة المرهونة، من الرهن) أراد بغلة الدار أجرها. وكذلك خدمة العبد. وجملة ذلك أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالأصل. وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين، بيع مع الأصل، سواء في ذلك المتصل، كالسمن والتعلم، والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر. وبنحو هذا قال النخعي والشعبي، وقال الثوري وأصحاب الرأي: في النماء يتبع، وفي الكسب لا يتبع؛ لأن الكسب في حكم الكتابة والاستيلاد والتدبير، فلا يتبع في الرهن، كأعيان مال الراهن. وقال مالك: يتبع الولد في الرهن خاصة، دون سائر النماء؛ لأن الولد." [1]

"وجوبها كل يوم، فالرضى بالمعسر بها رضى بعيب ما لم يجب، بخلاف مسألتنا، وإنما يشبه هذا إذا تزوجته معسرا بالصداق وسلمت نفسها إليه، ثم أرادت الفسخ.

[فصل استأجر أرضا ليزرعها فأفلس]

(٣٤١٠) فصل: ومن استأجر أرضا ليزرعها، فأفلس قبل مضي شيء من المدة فللمؤجر فسخ الإجارة؛ لأنه وجد عين ماله، وإن كان بعد انقضاء المدة، فهو غريم بالأجرة. وإن كان بعد مضي بعضها، لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلف بعضه، فإن المدة هاهنا كالمبيع، ومضي بعضها كتلف بعضه، لكن يعتبر مضي مدة لمثلها أجرة؛ لأنه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال

وقال القاضي، في موضع آخر: من اكترى أرضا فزرعها، ثم أفلس، ففسخ صاحب الأرض، فعليه تبقية زرع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٩١

المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله؛ لأن المعقود عليه المنفعة، فإذا فسخ العقد، فسخه فيما ملك عليه بالعقد، وقد تعذر ردها عليه، فكان عليه عوضها، كما لو فسخ البيع بعد أن أتلف المبيع، فله قيمته، ويضرب بذلك مع الغرماء، كذا هاهنا، ويضرب مع الغرماء بأجر المثل دون المسمى

وهذا مذهب الشافعي، وهذا لا يقتضيه مذهبنا، ولا يشهد لصحته الخبر، ولا يصح في النظر؛ أما الخبر، فلأن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما قال: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به» . وهذا ما أدرك متاعه بعينه، ولا هو أحق به بالإجماع، فإنهم وافقوا على وجوب تبقيتها، وعدم الرجوع في عينها، ولأن معنى قوله:

(من أدرك متاعه بعينه)

أي على وجه يمكنه أخذه، لا يتعلق حقه بعينه، وليس هذا كذلك. وأما النظر فلأن البائع إنما كان أحق بعين ماله؛ لتعلق حقه بالعين، وإمكان رد ماله إليه بعينه، فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة، وهذا لم يتعلق حقه بالعين، ولا أمكن ردها إليه، وإنما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى، وليس هذا هو المقتضى في محل النص، ولا هو في معناه، فإثبات الحكم به تحكم بغير دليل

ولو اكترى رجلا يحمل له متاعا إلى بلد، ثم أفلس المكتري قبل حمل شيء، فللمكتري الفسخ. وإن حمل البعض، أو بعض المسافة ف قياس المذهب ليس له الفسخ، و قياس قول القاضي: له ذلك. فإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي، وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الأجر المسمى

وعلى قياس قول القاضي: ينفسخ العقد في الجميع، ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل؛ لما ذكرنا من قوله في المسألة التي حكينا قوله فيها.

[فصل أقرض رجلا مالا ثم أفلس المقترض]

(٣٤١١) فصل: فإن أقرض رجلا مالا، ثم أفلس المقترض، وعين المال قائم، فله الرجوع فيها؛ لقوله – عليه السلام –: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به» .

ولأنه غريم وجد عين ماله، فكان له أخذها، كالبائع. وإن أصدق امرأة له عينا، ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٠٩

"الصفة لا يخرجه عن كونه عين ماله، لكنه يتخير بين أخذه ناقصا بجميع حقه، وبين أن يضرب مع الغرماء بكمال؛ ثمنه؛ لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن، أو هزال، أو علم، أو نحوه، فيصير كنقصه لتغير الأسعار

ولو كان المبيع أمة ثيبا، فوطئها المشتري، ولم تحمل، فله الرجوع فيها؛ لما ذكرنا، فإنها لم تنقص في ذات ولا في صفات. وإن كانت بكرا، فقال القاضي: له الرجوع؛ لأنه فقد صفة، فإنه لم يذهب منها جزء، وإنما هو كالجراح. وقال أبو بكر: ليس له الرجوع؛ لأنه أذهب منها جزءا، فأشبه ما لو فقأ عينها. وإن وجد الوطء من غير المفلس، فهو كوطء المفلس، فيما ذكرنا.

[فصل جرح العبد المبيع أو شج]

(٣٤١٥) فصل: وإن جرح العبد أو شج، فعلى قول أبي بكر: لا يرجع؛ لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن، فأشبه ما لو فقئت عين العبد؛ لأنه ذهب من العين جزء له بدل فمنع الرجوع، كما لو قطعت يد العبد، ولأنه لو نقص صفة م جردة، لم يكن للبائع من الرجوع فيها شيء سواه، كما ذكرنا في هزال العبد، ونسيان الصنعة، وهاهنا بخلافه، ولأن الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع، ويزيل المعاملة بينهما، فلا يثبت في محل لا يحصل به هذا المقصود

وقال القاضي: قياس المذهب أن له الرجوع؛ لأنه فقد صفة، فأشبه نسيان الصنعة، واستخلاق الثوب. فإذا رجع، نظرنا في الجرح، فإن كان مما لا أرش له، كالحاصل بفعل الله تعالى، أو فعل بهيمة، أو جناية المفلس، أو جناية عبده، أو جناية العبد على نفسه، فليس له مع الرجوع أرش. وإن كان الجرح موجبا لأرش كجناية الأجنبي، فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن، فينظر كم نقص من قيمته، فيرجع بقسط ذلك من الثمن؛ لأنه مضمون على المشتري للبائع بالثمن

فإن قيل: فهلا جعلتم له الأرش الذي وجب على الأجنبي؛ لأنه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشيء، فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الأرش. قلنا: لما أتلفه الأجنبي، صار مضمونا بإتلافه للمفلس، فكان بالأرش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن، فلا يجوز أن يضمنه بالأرش، وإذا لم يتلفه أجنبي، فلم يكن مضمونا، فلم يجب بفواته شيء. فإن قيل: فهلا كان هذا الأرش للمشتري ككسبه، لا يضمنه للبائع

قلنا: الكسب بدل منافعه، ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض، وهذا بدل جزء من العين، والعين جميعها مضمونة بالعوض، فلهذا ضمن ذلك للمشتري.

[فصل اشترى زيتا فخلطه بزيت آخر أو قمحا فخلطه بما لا يمكن منه]

(٣٤١٦) فصل: فإن اشترى زيتا، فخلطه بزيت آخر، أو قمحا، فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه، سقط حق الرجوع. وقال مالك: يأخذ زيته. وقال الشافعي: إن خلطه بمثله أو دونه، لم يسقط الرجوع، وله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن، وإن خلطه بأجود منه، ففيه قولان؛." (١)

"أحدهما، أن لا تزيد قيمته بذلك، فللبائع الرجوع فيه؛ لأن عين ماله قائمة لم يزل اسمها، ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها، فكان له الرجوع فيها، كما لو علم العبد صناعة لم تزد قيمته بها. وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص؛ لأن ذلك النقص نقص صفة، فلا يمنع الرجوع، كنسيان صناعة، وهزال العبد، ولا شيء له مع الرجوع

الثاني، أن تزيد قيمته بذلك، فليس للبائع الرجوع، على قياس قول الخرقي؛ لأن الثوب زاد زيادة لا تتميز فلم يملك البائع الرجوع فيه، كما لو سمن العبد، ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها، فلم يملك الرجوع، كبائع الصبغ إذا صبغ به، والزيت إذا لت به سويق. وقال القاضي وأصحابه. له الرجوع فيها، لأنه أدرك متاعه بعينه، ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها، فملك الرجوع فيها، كما لو صبغها فعلى قولهم إن كانت القصارة بعمل المفلس، أو بأجرة وفاها، فهما شريكان في الثوب، فإذا كانت قيمة الثوب خمسة، فصار يساوي ستة، فللمفلس سدسه، ولبائعه خمسة أسداسه، فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس، لزمه قبولها؛ لأنه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه، فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشتري. وإن لم يختر بيع الثوب، وأخذ كل واحد منهما بقدر حقه. وإن كان العمل من صانع لم يستوف أجره، فله حبس الثوب على استيفاء أجره

فإن كانت الزيادة بقدر الأجر، دفعت إليه، وإن كانت أقل، فله حبس الثوب على استيفاء قدر الزيادة، ويضرب مع الغرماء بما بقي، وإن كانت أكثر، مثل أن تكون الزيادة درهمين، والآخر درهم، فله قدر أجره، وما فضل للغرماء.

[فصل المبيع زاد زيادة متصلة]

(٣٤٢٢) فصل: الشرط الثاني، أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة، كالسمن، والكبر، وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣١١

ونحو ذلك. واختلف المذهب في هذا، فذهب الخرقي إلى أنها تمنع الرجوع. وروى الميموني، عن أحمد، أنها لا تمنع. وهو مذهب مالك، والشافعي، إلا أن مالكا يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به. واحتجوا بالخبر، وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة، فلا تمنعه المتصلة، كالرد بالعيب، وفارق الطلاق، فإنه ليس بفسخ، ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين، فيصل إلى حقه تاما. وهاهنا لا يمكنه الرجوع في الثمن

ولنا، أنه فسخ بسبب حادث، فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة، كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع، ولأنها زيادة في ملك المفلس، فلم يستحق البائع أخذها، كالمنفصلة، وكالحاصلة بفعله، ولأن النماء لم يصل إليه من البائع، فلم يستحق أخذه منه، كغيره من أمواله، وفارق الرد بالعيب لوجهين؛." (١)

"شيئا، فهي له، وإن كان قد قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء» . رواه أبو داود، وابن ماجه، والدارقطني. ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضا للصفقة على المشتري، وإضرارا به، وليس ذلك للبائع.

فإن قيل: لا ضرر عليه في ذلك؛ لأن ماله يباع، ولا يبقى له، فيزول عنه الضرر

قلنا: لا يندفع الضرر بالبيع؛ فإن قيمته تنقص بالتشقيص، ولا يرغب فيه مشقصا، فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة. ولأنه سبب يفسخ به البيع، فلم يجز تشقيصه، كالرد بالعيب والخيار، و قياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح. ولا فرق بين كون المبيع عينا واحدة، أو عينين، لما ذكرنا من الحديث والمعنى

فإن قيل: حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلا، ولا حجة في المراسيل. قلنا: قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، كذلك ذكره ابن عبد البر، وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في " سننهم " متصلا، فلا يضر إرسال من أرسله، فإن راوي المسند معه زيادة لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها، وعلى أن المرسل حجة، فلا يضر إرساله.

[فصل تعلق حق الغير بالمبيع]

(٣٤٣٥) فصل: الشرط الرابع، أن لا يكون تعلق بها حق الغير.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣١٤

فإن رهنها المشتري، ثم أفلس أو وهبها، لم يملك البائع الرجوع، كما لو باعها أو أعتقها، ولأن في الرجوع إضرارا بالمرتهن، ولا يزال الضرر بالضرر، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به» .

وهذا لم يجده عند المفلس. ولا نعلم في هذا خلافا

فإن كان دين المرتهن دون قيمة الرهن، بيع كله، فقضي منه دين المرتهن، والباقي يرد على سائر مال المفلس، ويشترك الغرماء فيه، وإن بيع بعضه، فباقيه بينهم يباع لهم أيضا، ولا يرجع به البائع. قال القاضي: له الرجوع به. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه عين ماله، لم يتعلق به حق غيره. ولنا، أنه لم يجد متاعه بعينه، فلم يكن له أخذه، كما لو كان الدين مستغرقا له. وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب؛ لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع، فكذلك ذهاب بعضها بالبيع

ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه؛ لما ذكرنا. وإن كان المبيع عينين، فرهن إحداهما، فهل يملك البائع الرجوع في الأخرى؟ على وجهين، بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين. وإن فك الرهن قبل فلس المشتري. أو أبرئ من دينه، فللبائع الرجوع؛ أنه أدرك متاعه بعينه عند المشتري. وإن أفلس وهو رهن، فأبرأ المرتهن المشتري من دينه، أو قضى الدين من غيره، فللبائع الرجوع أيضا كذلك.

[فصل كان المبيع عبدا فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته]

(٣٤٣٦) فصل: وإن كان عبدا، فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته

، ففيه وجهان؛." (١)

"الحاكم الحجر عليه، لم يجبهم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو ببينة، فإذا ثبتت، نظر في ماله، فإن كان وافيا بدينه، لم يحجر عليه، وأمره بقضاء دينه، فإن أبى حبسه، فإن لم يقضه، وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله، وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه، وإن كان ماله دون دينه، وديونه مؤجلة، لم يحجر عليه؛ لأنه لا تستحق مطالبته بها، فلا يحجر عليه من أجلها

وإن كان بعضها مؤجلا، وبعضها حالا، وماله يفي بالحال، لم يحجر عليه أيضا كذلك. وقال بعض أصحاب الشافعي: إن ظهرت أمارات الفلس، لكون ماله بإزاء دينه، ولا نفقة له إلا من ماله، ففيه وجهان؛ أحدهما، يحجر عليه؛ لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه، فهو كما لو كان ماله ناقصا. ولنا: أن ماله واف بما يلزمه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٣/٤

أداؤه، فلم يحجر عليه، كما لو لم تظهر أمارات الفلس، ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال، فلا حاجة إلى الحجر. وأما إن كانت ديونه حالة، يعجز ماله عن أدائها، فسأل غرماؤه الحجر عليه، لزمته إجابتهم

ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه؛ لأنه لا ولاية له في ذلك، وإنما يفعله لحق الغرماء، فاعتبر رضاهم به. وإن اختلفوا، فطلب بعضهم دون بعض، أجيب من طلب؛ لأنه حق له. وبهذا قال مالك، والشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم الحجر عليه، فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت؛ لأنه فصل مجتهد فيه، وليس له التصرف في ماله؛ لأنه لا ولاية عليه، إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه، فإن امتنع لم يبعه، وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين، لا يبيع ماله، وإنما يحبسه ليبيع بنفسه، إلا أن يكون عليه أحد النقدين، وماله من النقد الآخر، فيدفع الدراهم عن الدنانير، والدنانير عن الدراهم؛ لأنه رشيد لا ولاية عليه، فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير إذنه، كالذي لا دين عليه، وخالفه صاحباه في ذلك ولنا، ما روى كعب بن مالك، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حجر على معاذ، وباع ماله في دينه. رواه الخلال بإسناده وروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه خطب الناس، وقال: ألا إن أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج، فادان معرضا، فأصبح وقد رين به، فمن كان له عليه مال فليحضر غدا، فإنا بائعو ماله، وقاسموه بين غرمائه

ولأنه محجور عليه، محتاج إلى قضاء دينه، فجاز بيع ماله بغير رضاه، كالصغير والسفيه، ولأنه نوع مال، فجاز بيعه في قضاء دينه، كالأثمان. و قياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير. إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب، فنقول: ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه، من بيع، أو هبة، أو إقرار، أو قضاء بعض الغرماء، أو غير ذلك، فهو جائز نافذ

وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي. ولا نعلم أحدا خالفهم. ولأنه رشيد غير محجور عليه، فنفذ تصرفه كغيره، ولأن سبب المنع الحجر، فلا يتقدم سببه، ولأنه من أهل التصرف، ولم يحجر عليه، فأشبه المليء، وإن أكرى جملا بعينه، أو دارا، لم تنفسخ إجارته بالفلس، وكان المكتري أحق به، حتى تنقضي مدته.." (١)

"ويبيع بنقد البلد؛ لأنه أوفر. فإن كان في البلد نقود باع بغالبها، فإن تساوت باع بجنس الدين، وإن زاد في السلعة زائد في مدة الخيار، ألزم الأمين الفسخ؛ لأنه أمكنه بيعه بثمن، فلم يجز بيعه بدونه، كما لو

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٢٩

زيد فيه قبل العقد

وإن زاد بعد لزوم العقد، استحب للأمين سؤال المشتري الإقالة، واستحب للمشتري الإجابة إلى ذلك؛ لتعليقه بمصلحة المفلس، وقضاء دينه، فيبدأ ببيع العبد الجاني، فيدفع إلى المجني عليه أقل الأمرين من ثمنه أو أرش جنايته، وما فضل منه رده إلى الغرماء، ثم يبيع الرهن، فيدفع إلى المرتهن قدر دينه، وما فضل من ثمنه رده إلى الغرماء، وإن بقيت من دينه بقية، ضرب بها مع الغرماء، ثم يبيع ما يسرع إليه الفساد من الطعام الرطب؛ لأن بقاءه يتلفه بيقين، ثم يبيع الحيوان، لأنه معرض للتلف، ويحتاج إلى مؤنة في بقائه، ثم يبيع السلع والأثاث، لأنه يخاف عليه، وتناله الأيدي، ثم العقار آخرا؛ لأنه لا يخاف تلفه، وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه

ومتى باع شيئا من ماله، وكان الدين لواحد وحده، دفعه إليه؛ لأنه لا حاجة إلى تأخيره، وإن كان له غرماء، فأمكن قسمته عليهم، قسم ولم يؤخر، وإن لم يمكن قسمته، أودع عند ثقة، إلى أن يجتمع، ويمكن قسمته فيقسم. وإن احتاج في حفظه إلى غرامة، دفع ذلك إلى من يحفظه. إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب، فنقول: لا تباع داره التي لا غنى له عن سكناها

وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق. وقال شريح ومالك والشافعي: تباع، ويكترى له بدلها. واختاره ابن المنذر؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال لغرمائه «خذوا ما وجدتم» .

وهذا مما وجدوه، ولأنه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه، كسائر ماله

ولنا، أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه، فلم يصرف في دينه، كثيابه وقوته، والحديث قضية في عين، ويحتمل أنه لم يكن له عقار، ولا خادم، ويحتمل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال:

(خذوا ما وجدتم) مما تصدق به عليه، فإن المذكور قبل ذلك، كذلك روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «تصدقوا عليه. فتصدقوا عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - خذوا ما وجدتم» .

أي مما تصدق به عليه، والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكناها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته، ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته، فنقيس عليه محل النزاع، و قياسهم منتقض بذلك أيضا، وبأجر المسكن، وسائر ماله يستغنى عنه، بخلاف مسألتنا.

[فصل كان للمفلس داران يستغني بسكني إحداهما]

(٣٤٥٦) فصل: وإن كان له داران يستغني بسكنى إحداهما، بيعت الأخرى؛ لأن به غنى عن سكناها. وإن كان مسكنه واسعا، لا يسكن مثله في مثله، بيع، واشتري له مسكن مثله، ورد الفضل على الغرماء، كالثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها.

ولو كان المسكن والخادم اللذين." (١)

"خمس وعشرين، خصت أيضا بخمس وعشرين، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المخصص، وما ذكروه من كونه جدا ليس تحته معنى يقضي الحكم، ولا له أصل يشهد له في الشرع، فهو إثبات للحكم بالتحكم.

ثم هو متصور في من له دون هذه السن، فإن المرأة تكون جدة لإحدى وعشرين سنة، و قياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة، وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبه بعدها.

إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه، ولا إقراره. وقال أبو حنيفة: يصح بيعه وإقراره. وإنما لا يسلم إليه ماله؛ لأن البالغ عنده لا يحجر عليه، وإنما منع تسليم ماله إليه للآية. وقال أصحابنا في إقراره: يلزمه بعد فك الحجر عنه، إذا كان بالغا.

ولنا، أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده، فلا يصح تصرفه وإقراره، كالصبي، والمجنون، ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله، ولم يفد منعه من ماله شيئا، ولأن تصرفه لو كان نافذا، لسلم إليه ماله، كالرشيد، فإنه إنما يمنع ماله حفظا له، فإذا لم يحفظ بالمنع، وجب تسليمه إليه بحكم الأصل.

[الفصل الثالث البلوغ في حق الغلام والجارية]

(٣٤٧١) الفصل الثالث، في البلوغ، ويحصل في حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء، وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها، أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى، فأولها خروج المني من قبله، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد، فكيفما خرج في يقظة أو منام، بجماع، أو احتلام، أو غير ذلك، حصل به البلوغ. لا نعلم في ذلك اختلافا؛ لقول الله تعالى: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا﴾ [النور: ٥٩] وقوله ﴿والذين لم يبلغوا الحلم منكم﴾ [النور: ٥٨] وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «رفع القلم عن ثلاث؛ عن الصبي حتى يحتلم.» وقوله - عليه السلام - لمعاذ: «خذ من كل حالم دينارا» . رواهما أبو داود. وقال ابن المنذر وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل، وعلى المرأة بظهور الحيض

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٤/٤

منها.

وأما الإنبات فهو أن ينبت الشعر الخشن حول ذكر الرجل، أو فرج المرأة، الذي استحق أخذه بالموسى، وأما الزغب الضعيف، فلا اعتبار به، فإنه يثبت في حق الصغير. وبهذا قال مالك والشافعي في قول، وقال في الآخر: هو بلوغ في حق المشركين، وهل هو بلوغ في حق المسلمين؟ فيه قولان.

وقال أبو حنيفة لا اعتبار به؛ لأنه نبات شعر، فأشبه نبات شعر سائر البدن. ولنا، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة، حكم بأن تقتل مقاتلتهم، وتسبى ذراريهم، وأمر أن يكشف عن مؤازرتهم، فمن أنبت، فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت، ألحقوه بالذرية.

وقال عطية القرظي: عرضت على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يوم قريظة، فشكوا في، فأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – أن ينظر إلي، هل أنبت بعد، فنظروا إلي، فلم يجدوني أنبت بعد، فألحقوني بالذرية.

متعلق على معناه. وكتب عمر – رضي الله عنه – إلى عامله،." (١)

"الزوج. روي ذلك عن عمر، وبه قال شريح، والشعبي، وإسحاق؛ لما روي عن شريح أنه قال: عهد إلي عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا، أو تلد ولدا. رواه سعيد في سننه، ولا يعرف له مخالف، فصار إجماعا. وقال مالك: لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج، ويدخل عليها زوجها؛ لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير إذنها، لم ينفك عنها الحجر، كالصغيرة.

ولنا، عموم قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] . ولأنها يتيم بلغ وأونس منه الرشد؛ فيدفع إليه ماله كالرجل، ولأنها بالغة رشيدة، فجاز لها التصرف في مالها، كالتي دخل بها الزوج، وحديث عمر إن صح، فلم يعلم انتشاره في الصحابة، ولا يترك به الكتاب وال قياس، على أن حديث عمر مختص بمنع العطية، فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها، ومنعها من سائر التصرفات، ومالك لم يعمل به، وإنما اعتمد على إجبار الأب لها على النكاح، ولنا أن نمنع ذلك، وإن سلمناه، فإنما أجبرها على النكاح لأن اختيارها للنكاح ومصالحه لا يعلم إلا بمباشرته، والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح، وعلى هذه الرواية، إذا لم تتزوج أصلا احتمل أن يدوم الحجر عليها، عملا بعموم حديث عمر، ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها، فلم يجز دفعه إليها، كما لو لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٤٥

ترشد.

وقال القاضي: عندي أنه يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال، يعني كبرت.

[فصل تصرف المرأة الرشيدة في مالها]

(٣٤٧٤) فصل: وظاهر كلام الخرقي، أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله، بالتبرع، والمعاوضة. وهذا إحدى الروايتين عن أحمد. وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر. وعن أحمد رواية أخرى، ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض، إلا بإذن زوجها. وبه قال مالك.

وحكي عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها ليس لها غيرها، فحنثت، ولها زوج، فرد ذلك عليها زوجها، قال: له أن يرد عليها، وليس لها عتق؛ لما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - بحلي لها، فقال لها النبي: - صلى الله عليه وسلم - «لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعبا؟ فقالت: نعم. فبعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى كعب، فقال: هل أذن لها أن تتصدق بحليها؟ . قال: نعم. فقبله رسول الله - صلى الله عليه وسلم -» . رواه ابن ماجه. وروي أيضا عن عمرو بن شعيب. عن أبيه، عن جده، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال في خطبة خطبها: «لا يجوز لامرأة عطية من مالها إلا بإذن زوجها؛ إذ هو مالك عصمتها.» رواه أبو داود بلفظه، عن عبد الله بن عمرو، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال." (١)

"«لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها» .

ولأن حق الزوج معلق بمالها، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال " تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها ". والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها، ويتبسط فيه، وينتفع به، فإذا أعسر بالنفقة أنظرته، فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المعلقة بمال المريض.

ولنا، قوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] . وهو ظاهر في فك الحجر عنهم، وإطلاقهم في التصرف، وقد ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «يا معشر النساء تصدقن، ولو من حليكن» «. وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل» «. وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسألته عن الصدقة، هل يجزيهن أن يتصدقن على أزواجهن، وأيتام لهن؟ فقال: نعم» ولم يذكر لهن هذا الشرط، ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشد، جاز له التصرف فيه من غير إذن

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٨/٤

كالغلام، ولأن المرأة من أهل التصرف، ولا حق لزوجها في مالها. فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه، كأختها.

وحديثهم ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو، فهو مرسل. وعلى أنه محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله بغير إذنه، بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها، وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث، فالتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف، ولا عليه دليل.

و قياسهم على المريض غير صحيح، لوجوه؛ أحدها، أن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث، والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث، فهي أحد وصفي العلة، فلا يثبت الحكم بمجردها، كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها، ولا لسائر الوراث بدون المرض. الثاني: أن تبرع المريض موقوف، فإن برئ من مرضه، صح تبرعه، وها هنا أبطلوه على كل حال، والفرع لا يزيد على أصله. الثالث، أن ما ذكروه منتقض بالمرأة، فإنها تنتفع بمال زوجها وتتبسط فيه عادة، ولها النفقة منه، وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بمالها، وليس لها الحجر عليه، وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود في الأصل، ومن شرط صحة ال قياس وجود المعنى المثبت للحكم في الأصل والفرع جميعا.

[فصل الصدقة من مال زوجها بغير إذنه]

فصل: وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير، بغير إذنه؟ على روايتين؛ إحداهما، الجواز؛ لأن عائشة قالت: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «ما أنفقت المرأة من بيت زوجها، غير مفسدة، كان لها أجرها، وله مثله بما كسب، ولها بما أنفقت، وللخازن مثل ذلك، من غير أن ينتقص من أجورهم شيء» . ولم يذكر إذنا. وعن أسماء، أنها جاءت النبي – صلى الله عليه وسلم –." [١]

"فقالت: يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزبير، فهل علي جناح أن أرضخ مما يدخل علي؟ فقال: «ارضخي ما اسطعت، ولا توعي، فيوعى عليك» . متفق عليهما وروي أن «امرأة أتت النبي – صلى الله عليه وسلم – فقالت: يا رسول الله إنا كل على أزواجنا وآبائنا، فما يحل لنا من أموالهم؟ قال: الرطب تأكلينه، وتهدينه» .

ولأن العادة السماح بذلك، وطيب النفس، فجرى مجرى صريح الإذن، كما أن تقديم الطعام بين يدي الأكلة قام مقام صريح الإذن في أكله. والرواية الثانية، لا يجوز؛ لما روى أبو أمامة الباهلي، قال: سمعت

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٩/٤

رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «لا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها. قيل: يا رسول الله ولا الطعام؟ . قال: ذاك أفضل أموالنا» . رواه سعيد في " سننه ". وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» . وقال «إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا» .

ولأنه تبرع بمال غيره بغير إذنه، فلم يجز، كغير الزوجة. والأول أصح؛ لأن الأحاديث فيها خاصة صحيحة، والخاص يقدم على العام ويبينه، ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة المخصوصة، والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف، ولا يصح قياس المرأة على غيرها؛ لأنها بحكم العادة تتصرف في مال زوجها، وتتبسط فيه، وتتصدق منه، لحضورها وغيبته، والإذن العرفي يقوم مقام الإذن الحقيقي، فصار كأنه قال لها: افعلي هذا. فإن منعها ذلك، وقال: لا تتصدقي بشيء، ولا تتبرعي من مالي بقليل، ولا كثير. لم يجز لها ذلك؛ لأن المنع الصريح نفي للإذن العرفي ولو كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته

كجاريته، أو أخته. أو غلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه، جرى مجرى الزوجة فيما ذكرنا؛ لوجود المعنى فيه. ولو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها، كالتي يطعمها بالفرض، ولا يمكنها من طعامه، ولا من التصرف في شيء من ماله، لم يجز لها الصدقة بشيء من ماله؛ لعدم المعنى فيها، والله أعلم.

[مسألة الرشد الصلاح في المال]

(٣٤٧٦) مسألة؛ قال: (والرشد الصلاح في المال) هذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ مالك وأبو حنيفة. وقال الحسن والشافعي، وابن المنذر الرشد صلاحه في دينه وماله؛ لأن الفاسق غير رشيد، ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله، كما يمنع قبول قوله، وثبوت الولاية على غيره، وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير.." (١)

"إحداهما، الجواز؛ لأنه إذا جاز في ملك الجار، مع أن حقه مبني على الشح والضيق، ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة والمساهلة أولى. والثانية، لا يجوز. نقلها أبو طالب؛ لأن ال قياس يقتضي المنع في حق الكل، ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه، فوجب البقاء في غيره على مقتضى ال قياس. وهذا اختيار أبي بكر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٥٠

وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار؛ لأنه إذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلأن يمنع من المختص بغيره أولى. ولأنه إذا منع في حق لله تعالى مع أن حقه على المسامحة والمساهلة؛ لغنى الله تعالى وكرمه، فلأن يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى.

والمذهب الأول. فإن قيل: فلم لا تجيزون فتح الطاق والباب في الحائط، بال قياس على وضع الخشب؟ قلنا لأن الخشب يمسك الحائط وينفعه، بخلاف الطاق والباب، فإنه يضعف الحائط، لأنه يبقى مفتوحا في الحائط، والذي يفتحه للخشبة يسده بها، ولأن وضع الخشب تدعو الحاجة إليه، بخلاف غيره.

[فصل ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد]

(٣٥٢٧) فصل: ومن ملك وضع خشبه على حائط، فزال بسقوطه، أو قلعه أو سقوط الحائط، ثم أعيد، فله إعادة خشبه، لأن السبب المجوز لوضعه مستمر، فاستمر استحقاق ذلك.

وإن زال السبب، مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه، أو استغني عن وضعه، لم تجز إعادته؛ لزوال السبب المبيح. وإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه، أو استغني عن وضعه، لزم إزالته؛ لأنه يضر بالمالك، ويزول الخشب. وإن لم يخف عليه، لكن استغني عن إبقائه عليه، لم يلزم إزالته؛ لأن في إزالته ضررا بصاحبه، ولا ضرر على صاحب الحائط في إبقائه، بخلاف ما لو خشي سقوطه.

[فصل كان له وضع خشبه على جدار غيره]

(٣٥٢٨) فصل: ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره، لم يملك إعارته ولا إجارته؛ لأنه إنما كان له ذلك لحاجته الماسة إلى وضع خشبه، ولا حاجة له إلى وضع خشب غيره، فلم يملكه. وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه، ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره؛ لأنه أبيح له من حق غيره لحاجته، فلم يجز له ذلك فيه، كطعام غيره إذا أبيح له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعارة الحائط، أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه، لم يملك ذلك؛ لأنه وسيلة إلى منع ذي الحق من حقه، فلم يملكه، كمنعه.

ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة، لم يملك ذلك؛ لما فيه من تفويت الحق. وإن احتاج إلى هدمه للخوف من انهدامه، أو لتحويله إلى مكان آخر أو لغرض صحيح ملك ذلك؛ لأن." (١)

"الثالث، الحلول والتأجيل. ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين، فإن كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا، أو أجل أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين، لم تصح الحوالة. ولو كان الحقان حالين، فشرط على المحتال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة؛ لأن الحال لا يتأجل، ولأنه شرط ما لو كان ثابتا في نفس الأمر لم تصح الحوالة؛ فكذلك إذا شرطه. وإذا اجتمعت هذه الأمور، وصحت الحوالة، وتراضيا بأن يدفع المحال عليه خيرا من حقه، أو رضي المحتال بدون الصفة، أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله، أو رضي من له الحال بإنظاره، جاز؛ لأن ذلك يجوز في القرض، ففي الحوالة أولى.

وإن مات المحيل، أو المحال، فالأجل بحاله. وإن مات المحال عليه، ففي حلول الحق روايتان، مضى ذكرهما. الشرط الثاني، أن تكون على دين مستقر. ولا يعتبر أن يحيل بدين [غير] مستقر، إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه بعرض الفسخ، لانقطاع المسلم فيه.

ولا تصح الحوالة به؛ لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه، والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أسلم في شيء، فلا يصرفه إلى غيره» . ولا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة؛ لأنه غير مستقر، فإن له أن يمتنع من أدائه، ويسقط بعجزه. وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة؛ لأن حكمه حكم الأحرار في المداينات. وإن أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه، صح، وبرئت ذمة المكاتب بالحوالة، ويكون ذلك بمنزلة القبض.

وإن أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول، لم يصح؛ لأنه غير مستقر. وإن أحالها الزوج به، صح؛ لأنه له تسليمه إليها، وحوالته به تقوم مقام تسليمه. وإن أحالت به بعد الدخول، صح؛ لأنه مستقر. وإن أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار، لم يصح، في قياس ما ذكرنا. وإن أحاله المشتري به، صح؛ لأنه بمنزلة الوفاء، وله الوفاء قبل الاستقرار.

وإن أحال البائع بالثمن على المشتري، ثم ظهر على عيب، لم يتبين أن الحوالة كانت باطلة؛ لأن الثمن كان ثابتا مستقرا، والبيع كان لازما، وإنما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة إلى المشتري. ويحتمل أن تبطل الحوالة؛ لأن سبب الجواز عيب المبيع، وقد كان موجودا وقت الحوالة.

وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به، ثم سقط الدين، كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها،

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٧٧

أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع، فإن كان ذلك قبل القبض من المحال عليه، ففيه وجهان: أحدهما، تبطل الحوالة؛ لعدم الفائدة في بقائها، ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه.
والثاني، لا تبطل؛ لأن الحق انتقل عن المحيل، فلم يعد إليه، وثبت للمحتال فلم يزل عنه، ولأن الحوالة بمنزلة القبض، فكأن المحيل أقبض المحتال دينه، فيرجع عليه به، ويأخذ المحتال من المحال عليه.." (١)

"ومنها، صحة الضمان في كل حق، أعني من الحقوق المالية الواجبة، أو التي تئول إلى الوجوب، كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده؛ لأن هذه الحقوق لازمة، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها، كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار، ويجوز أن يسقط برد بعيب أو مقايلة. وبهذا كله قال الشافعي.

[فصل ما يصح ضمانه]

(٣٥٧٣) فصل: فيما يصح ضمانه: ويصح ضمان الجعل في الجعالة، وفي المسابقة والمناضلة. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: لا يصح ضمانه؛ لأنه لا يئول إلى اللزوم، فلم يصح ضمانه، كما في الكتابة. ولنا، قول الله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] . ولأنه يئول إلى اللزوم إذا عمل العمل، وإنما الذي لا يلزم العمل، والمال يلزم بوجوده، والضمان للمال دون العمل.
ويصح ضمان أرش الجناية، سواء كانت نقودا كقيم المتلفات، أو حيوانا كالديات. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها؛ لأنه مجهول. وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول، ولأن الإبل الواجبة في الذمة معلومة الأسنان والعدد، وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر؛ لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة، وكذلك غيرها من الحيوان، ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالإتلاف، فلم يمنع وجوبه بالالتزام.
ويصح ضمان نفقة الزوجة، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة؛ لأن نفقة اليوم واجبة، والمستقبلة مآلها إلى اللزوم، ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب. وقال القاضي: إذا ضمن نفقة المستقبل، لم تلزمه إلا نفقة المعسر؛ لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار.
وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه: يصح ضمانها. ولنا، أنه يصح ضمان ما لم يجب، واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها، بدليل الجعل في الجعالة، والصداق قبل الدخول، والمبيع في

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩١/٤

مدة الخيار. فأما النفقة في الماضي، فإن كانت واجبة، إما بحكم الحاكم بها، أو قلنا: بوجوبها بدون حكمه، صح ضمانها، وإلا فلا.

ويصح ضمان مال السلم، في إحدى الروايتين. والأخرى لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه، فلم يجز، كالحوالة به. والأول أصح؛ لأنه دين لازم فصح ضمانه، كالأجرة وثمن المبيع. ولا يصح ضمان مال الكتابة، في إحدى الروايتين. وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم. والأخرى: يصح؛ لأنه دين على المكاتب، فصح ضمانه، كسائر الديون عليه.

والأولى أصح؛ لأنه ليس بلازم. ولا مآله إلى اللزوم، فإن للمكاتب تعجيز نفسه، والامتناع عن أدائه، فإذا لم يلزم الأصيل، فالضمين أولى. ويصح ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعارية. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي في أحد القولين، وقال في." (١)

"في المبيع، من بناء أو غراس، صح، سواء ضمنه البائع أو أجنبي، فإذا بنى أو غرس واستحق المبيع، رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: لا يصح؛ لأنه ضمان مجهول، وضمان ما لم يجب. وقد بينا جواز ذلك.

[فصل من يصح ضمانه ومن لا يصح]

(٣٥٧٤) فصل: في من يصح ضمانه، ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله، سواء كان رجلا أو امرأة؛ لأنه عقد يقصد به المال، فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرسم، ولا من صبي غير مميز، بغير خلاف؛ لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح منهم، كالنذر. ولا يصح من السفيه المحجور عليه.

ذكره أبو الخطاب، وهو قول الشافعي. وقال القاضي: يصح، ويتبع به بعد فك الحجر عنه؛ لأن من أصلنا أن إقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه، صح، فكذلك ضمانه. والأول أولى؛ لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح منه، كالبيع والشراء، ولا يشبه الإقرار؛ لأنه إخبار بحق سابق.

وأما الصبي المميز، فلا يصح ضمانه، في الصحيح من الوجهين. وهو قول الشافعي. وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة إقراره وتصرفاته بإذن وليه، ولا يصح هذا الجمع؛ لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه، فلم يصح منه، كالتبرع والنذر، بخلاف البيع. وإن اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه، فقال الصبي: قبل بلوغي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٢/٤

وقال المضمون له: بعد البلوغ. فقال القاضي: قياس قول أحمد أن القول قول المضمون له؛ لأن معه سلامة العقد، فكان القول قوله، كما لو اختلفا في شرط فاسد. ويحتمل أن القول قول الضامن؛ لأن الأصل عدم البلوغ، وعدم وجوب الحق عليه. وهذا قول الشافعي. ولا يشبه هذا ما إذا اختلفا في شرط فاسد؛ لأن المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف، والظاهر أنهما لا يتصرفان إلا تصرفا صحيحا، فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر، وهاهنا اختلفا في أهلية التصرف، وليس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند إليه، ولا أصل يرجع إليه، فلا ترجح دعواه.

والحكم في من عرف له حال جنون، كالحكم في الصبي، وإن لم يعرف له حال جنون، فالقول قول المضمون له؛ لأن الأصل عدمه، فأما المحجور عليه لفلس، فيصح ضمانه، ويتبع به بعد فك الحجر عنه؛ لأنه من أهل التصرف، والحجر عليه في ماله، لا في ذمته، فأشبه الراهن، فصح تصرفه فيما عدا الرهن، فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته. ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده، سواء كان مأذونا له في التجارة أو غير مأذون له. وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة.

ويحتمل أن يصح، ويتبع به بعد العتق. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأنه من أهل التصرف، فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه، كالإقرار بالإتلاف.." (١)

"ووجه الأول، أنه عقد تضمن إيجاب مال، فلم يصح بغير إذن، كالنكاح. وقال أبو ثور: إن كان من جهة التجارة جاز، وإن كان من غير ذلك لم يجز. فإن ضمن بإذن سيده، صح؛ لأن سيده لو أذن له في التصرف صح.

قال القاضي: و قياس المذهب تعلق المال برقبته. وقال ابن عقيل: ظاهر المذهب و قياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقال أبو الخطاب: هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده؟ على روايتين، كاستدانته بإذن سيده.

وقد سبق الكلام فيها. فإن أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده، صح، ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد، كتعلق حق الجناية برقبة الجاني، كما لو قال الحر: ضمنت لك الدين، على أن تأخذ من مالي هذا. صح. وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده، كالعبد القن؛ لأنه تبرع بالتزام مال، فأشبه نذر الصدقة بغير مال.

ويحتمل أن يصح، ويتبع به بعد عتقه، كقولنا في العبد. وإن ضمن بإذنه، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يصح أيضا؛ لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية. والثاني، يصح؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما. فأما المريض،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٠٥

فإن كان مرضه غير مخوف، أو غير مرض الموت، فحكمه حكم الصحيح. وإن كان مرض الموت المخوف، فحكم ضمانه حكم تبرعه، يحسب من ثلثه؛ لأنه تبرع بالتزام مال لا يلزمه، ولم يأخذ عنه عوضا، فأشبه الهبة.

وإذا فهمت إشارة الأخرس، صح ضمانه؛ لأنه يصح بيعه وإقراره وتبرعه، فصح ضمانه، كالناطق، ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارة يفهم بها أنه قصد الضمان؛ لأنه قد يكتب عبثا أو تجربة، فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال. ومن لا تفهم إشارته لا يصح منه الضمان؛ لأنه لا يدري بضمانه، ولأنه لا يصح سائر تصرفاته، فكذلك ضمانه.

[فصل ضمن الدين الحال مؤجلا]

(٣٥٧٥) فصل: إذا ضمن الدين الحال مؤجلا، صح، ويكون حالا على المضمون عنه مؤجلا على الضامن، يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن. وبهذا قال الشافعي. قال أحمد، في رجل ضمن ما على فلان أن يؤديه في ثلاث سنين: فهو عليه، ويؤديه كما ضمن.

ووجه ذلك: ما روى ابن عباس «، أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير، على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: ما عندي شيء أعطيكه. فقال: والله لا أفارقنك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل، فجره إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال له النبي – صلى الله عليه وسلم –: كم تستنظره؟ قال: شهرا. قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: فأنا أحمل. فجاء به في الوقت الذي قال النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال له النبي – صلى الله عليه وسلم –: من أين أصبت هذا؟ قال: من معدن. قال: لا خير فيها. وقضاها عنه» .

رواه ابن ماجه، في " سننه ". ولأنه ضمن مالا بعقد مؤجل، فكان مؤجلا كالبيع.." (١)

"فإن قيل: فعندكم الدين الحال لا يتأجل، فكيف يتأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا: الحق يتأجل في ابتداء ثبوته، إذا كان بعقد، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن، فإنه لم يكن ثابتا عليه حالا، ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة المضمون عنه، بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل.

إذا ثبت هذا، وكان الدين مؤجلا إلى شهر، فضمنه إلى شهرين، لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهرين، فإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٦/٤

قضاه قبل الأجل، فله الرجوع به في الحال، على الرواية التي تقول: إنه إذا قضى دينه بغير إذن رجع به؛ لأن أكثر ما فيه هاهنا، أنه قضى بغير إذن. وعلى الرواية الأخرى، لا يرجع به قبل الأجل؛ لأنه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك.

وإن كان الدين مؤجلا فضمنه حالا، لم يصر حالا، ولا يلزمه أداؤه قبل أجله؛ لأن الضامن فرع للمضمون عنه، فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه، ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين، لم يلزمه تعجيله، فبأن لا يلزم الضامن أولى، ولأن الضمان التزام دين في الذمة، فلا يجوز أن يلتزم ما لا يلزم المضمون عنه.

فعلى هذا، إن قضاه حالا، لم يرجع به قبل أجله؛ لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله. والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها، أن الدين الحال ثابت في الذمة، مستحق القضاء في جميع الزمان، فإذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه، فصح، كما لو كان الدين عشرة، فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل، فلا يستحق قضاؤه إلا عند أجله، فإذا ضمنه حالا التزم ما لم يجب على المضمون، فأشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين. وقيل: يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالا، كما يصح ضمان الحال مؤجلا، قياسا لإحداهما على الأخرى. وقد فرقنا بينهما بما يمنع ال قياس، إن شاء الله تعالى.

[فصل ضمن دينا مؤجلا عن إنسان]

(٣٥٧٦) فصل: وإذا ضمن دينا مؤجلا عن إنسان، فمات أحداهما، إما الضامن وإما المضمون عنه، فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين، تقدم ذكرهما. فإن قلنا: يحل على الميت، لم يحل على الآخر؛ لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره، فإن كان الميت المضمون عنه، لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل، فإن قضاه قبل الأجل، كان متبرعا بتعجيل القضاء، وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بغير إذن من هو عليه.

وإن كان الميت الضامن، فاستوفى الغريم الدين من تركته، لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق؛ لأنه مؤجل عليه، فلا يستحق مطالبته به قبل أجله. وهذا مذهب الشافعي. وحكي عن زفر أن لهم مطالبته؛ لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته.." [1]

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٠٧

"كفل بشرط الخيار، لزمته الكفالة، وبطل الشرط؛ لأنه وصل بإقراره ما يبطله، فأشبه استثناء الكل.

[فصل ضمن رجلان عن رجل ألفا]

(٣٥٩٢) فصل: وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا، ضمان اشتراط فقالا: ضمنا لك الألف الذي على زيد. فكل واحد منهما ضامن لنصفه. وإن كانوا ثلاثة، فكل واحد منهم ضامن ثلثه. فإن قال واحد منهم: أنا وهذان ضامنون لك الألف. فسكت الآخران، فعليه ثلث الألف، ولا شيء عليهما. وإن قال كل واحد منهم: كل واحد منا ضامن لك الألف.

فهذا ضمان اشتراك وانفراد، وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله إن شاء. وإن أدى أحدهم الألف كله، أو حصته. لم يرجع إلا على المضمون عنه؛ لأن كل واحد منهم ضامن أصلي، وليس بضامن عن الضامن الآخر.

[مسألة من كفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها]

(٣٥٩٣) مسألة؛ قال. (ومن كفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها) وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة، في قول أكثر أهل العلم. هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة. وقال الشافعي في بعض أقواله: الكفالة بالبدن ضعيفة. واختلف أصحابه، فمنهم من قال: هي صحيحة قولا واحدا.

وإنما أراد أنها ضعيفة في ال قياس، وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر. ومنهم من قال: فيها قولان؛ أحدهما، أنها غير صحيحة؛ لأنها كفالة بعين، فلم تصح، كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين. ولنا، قول الله تعالى ﴿قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم﴾ [يوسف: ٦٦] ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة، كالمال. إذا ثبت هذا، فإنه متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته، أو امتنع من إحضاره، لزمه ما عليه. وقال أكثرهم: لا يغرم.

ولنا عموم قوله – عليه السلام –: «الزعيم غارم» . ولأنها أحد نوعي الكفالة، فوجب بها الغرم، كالكفالة بالمال.

[فصل قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه]

(٣٥٩٤) فصل: وإذا قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، كان كفيلا به. وإن كفل برأسه أو كبده، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه، أو بجزء شائع منه، كثلثه أو ربعه، صحت الكفالة؛ لأنه لا يمكنه

إحضار ذلك إلا بإحضاره كله.

وإن تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله، كيده ورجله، ففيه وجهان؛ أحدهما، تصح الكفالة. وهو قول أبي الخطاب، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأنه لا يمكنه." (١)

"أرجو أن لا يكون به بأس.

قال إسحاق بن إبراهيم: قال أبو عبد الله: إذا كان على النصف والربع، فهو جائز. وبه قال الأوزاعي. ونقل أحمد بن سعيد، عن أحمد، في من دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه، ويكون له ثلث ذلك أو ربعه، فجائز، والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة. وإن دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قمصانا يبيعها، وله نصف ربحها بحق عمله، جاز. نص عليه في رواية حرب، وإن دفع غزلا إلى رجل ينسجه ثوبا بثلث ثمنه أو ربعه، جاز. نص عليه.

ولم يجز مالك وأبو حنيفة والشافعي شيئا من ذلك؛ لأنه عوض مجهول وعمل مجهول. وقد ذكرنا وجه جوازه. وإن جعل له مع ذلك دراهم معلومة، لم يجز. نص عليه. وعنه الجواز. والصحيح الأول. وقال أبو بكر: هذا قول قديم، وما روي غير هذا فعليه المعتمد.

قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يقول: لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والربع. وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين؟ قال: أكرهه؛ لأن هذا شيء لا يعرف. والثلث إذا لم يكن معه شيء نراه جائزا؛ لحديث جابر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطى خيبر على الشطر. قيل لأبي عبد الله: فإن كان النساج لا يرضى حتى يزاد على الثلث درهما؟ قال: فليجعل له ثلثا وعشري ثلث ونصف عشر وما أشبه.

وروى الأثرم، عن ابن سيرين، والنخعي، والزهري، وأيوب، ويعلى بن حكيم، أنهم أجازوا ذلك. وقال ابن المنذر: كره هذا كله الحسن وقال أبو ثور وأصحاب الرأي: هذا كله فاسد.

واختاره ابن المنذر وابن عقيل، وقالوا: لو دفع شبكته إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين، فالصيد كله للصياد، ولصاحب الشبكة أجر مثلها. و قياس ما نقل عن أحمد صحة الشركة، وما رزق الله بينهما على ما شرطاه؛ لأنها عين تنمى بالعمل فيها، فصح دفعها ببعض نمائها كالأرض.

(٣٦٢٣) فصل: قال ابن عقيل: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن قفيز الطحان» . وهو أن يعطي الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها. وعلة المنع أنه جعل له بعض معموله أجرا لعمله، فيصير الطحن مستحقا له عليه. وهذا الحديث لا نعرفه، ولا يثبت عندنا صحته، و قياس قول أحمد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤١٥

جوازه؛ لما ذكرناه عنه من المسائل.

(٣٦٢٤) فصل: فإن كان لرجل دابة، ولآخر إكاف وجوالقات، فاشتركا على أن يؤجراهما والأجرة بينهما نصفان، فهو فاسد، لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها، فكذلك في منافعها، إذ تقديره:." [1]

"آجر دابتك لتكون أجرتها بيننا، وأؤجر جوالقاتي لتكون أجرتها بيننا. وتكون الأجرة كلها لصاحب البهيمة؛ لأنه مالك الأصل، وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة؛ لأنه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، هذا إذا أجر الدابة بما عليها من الإكاف والجوالقات في عقد واحد.

فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفردا، فلكل واحد منهما أجر ملكه. وهكذا لو قال رجل لصاحبه: آجر عبدي، والأجر بيننا. كان الأجر لصاحبه، وللآخر أجر مثله. وكذلك في جميع الأعيان.

(٣٦٢٥) فصل فإن اشترك ثلاثة؛ من أحدهم دابة، ومن آخر راوية، ومن آخر العمل، على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم، صح، في قياس قول أحمد؛ فإنه نص في الدابة يدفعها إلى آخر يعمل عليها، على أن لهما الأجرة على الصحة.

وهذا مثله؛ لأنه دفع دابته إلى آخر يعمل عليها، والراوية عين تنمى بالعمل عليها، فهي كالبهيمة، فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه . وهذا قول الشافعي لأنهما وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعاها إليه، فأشبه ما لو دفع إليه أرضه ليزرعها.

وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى، ومن آخر بغل، ومن آخر العمل، على أن يطحنوا بذلك، فما رزق الله تعالى فهو بينهم، صح، وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي: العقد فاسد في المسألتين جميعا. وهو ظاهر قول الشافعي؛ لأن هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة، لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض، ولأن من شروطهما عود رأس المال سليما، بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكماله.

والراوية هاهنا تخلق وتنقص، ولا إجارة؛ لأنها تفتقر إلى مدة معلومة وأجر معلوم، فتكون فاسدة. فعلى هذا يكون الأجر كله في المسألة الأولى للسقاء؛ لأنه لما غرف الماء في الإناء ملكه، فإذا باعه فثمنه له، لأنه عوض ملكه، وعليه لصاحبيه أجر المثل، لأنه استعمل ملكهما بعوض لم يسلم لهما، فكان لهما أجر

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٩

المثل، كسائر الإجارات الفاسدة. وأما في المسألة الثانية، فإنهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة، نظرت في عقد الإجارة، فإن كان من واحد منهم، ولم يذكر أصحابه، ولا نواهم، فالأجر كله له، وعليه لأصحابه أجر المثل، وإن نوى أصحابه، أو ذكرهم، كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا، أو استأجر من جميعهم، فقال: استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا. فالأجر بينهم أرباعا؛ لأن كل واحد منهم قد لزمه طحن ربعه بربع الأجر، ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله.

وإن كان قال: استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى، وهذا الرجل بكذا وكذا، لطحن كذا وكذا من الطعام. صح، والأجر بينهم على قدر أجر مثلهم، لكل واحد." (١)

"(٣٦٤٧) فصل: وإن شرط أن يعمل معه غلام رب المال، صح.

وهذا ظاهر كلام الشافعي، وقول أكثر أصحابه. ومنعه بعضهم. وهو قول القاضي؛ لأن يد الغلام كيد سيده. وقال أبو الخطاب: فيه وجهان؛ أحدهما، الجواز؛ لأن عمل الغلام مال لسيده، فصح ضمه إليه، كما يصح أن يضم إليه بهيمة يحمل عليها.

[فصل شركة المفاوضة]

(٣٦٤٨) فصل: وأما شركة المفاوضة فنوعان؛ أحدهما، أن يشتركا في جميع أنواع الشركة، مثل أن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان، فيصح ذلك، لأن كل نوع منها يصح على انفراده، فصح مع غيره. والثاني، أن يدخلا بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث، أو يجده من ركاز أو لقطة، ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية، وضمان غصب، وقيمة متلف، وغرامة الضمان، أو كفالة، فهذا فاسد.

وبهذا قال الشافعي وأجازه الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك. وشرط أبو حنيفة لها شروطا، وهي أن يكونا حرين مسلمين، وأن يكون مالهما في الشركة سواء، وأن يخرجا جميع ما يملكانه من جنس الشركة، وهو الدراهم والدنانير. واحتجوا بما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة» . ولأنها نوع شركة يختص باسم، فكان فيها صحيح كشركة العنان.

ولنا: أنه عقد لا يصح بين الكافرين، ولا بين كافر ومسلم، فلم يصح بين المسلمين، كسائر العقود الفاسدة، ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله، فلم يصح، كما ذكرنا، ولأن فيه غررا، فلم يصح، كبيع الغرر، وبيان غرره أنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٠

يلزم كل واحد ما لزم الآخر، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به، وقد أدخلا فيه الأكساب النادرة، والخبر لا نعرفه، ولا رواه أصحاب السنن، ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد، فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه: «ولا تجادلوا، فإن المجادلة من الشيطان» .

وأما ال قياس: فلا يصح. فإن اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة، كبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة، وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم، بخلاف هذا.." (١)

"[مسألة الربح على ما اصطلحا عليه في جميع أقسام الشركة]

(٣٦٤٩) مسألة؛ قال: (والربح على ما اصطلحا عليه) يعني في جميع أقسام الشركة. ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح، أو نصفه، أو ما يجمعان عليه، بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء.

ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله، فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير، كالأجرة في الإجارة، وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة. وأما شركة العنان، وهو أن يشترك بدنان بماليهما، فيجوز أن يجعلا الربح على قدر المالين، ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال، وأن يتفاضلا فيه مع تساويهما في المال. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال مالك والشافعي: من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالين؛ لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال، بدليل أنه يصح عقد الشركة، وإطلاق الربح، فلا يجوز تغييره بالشرط، كالوضيعة.

ولنا، أن العمل مما يستحق به الربح، فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما، كالمضاربين لرجل واحد، وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر، وأقوى على العمل، فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب.

يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا، ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفردا، فكذلك إذا اجتمعا، وأما حالة الإطلاق، فإنه لما لم يكن بينهما شرط يقسم الربح عليه، ويتقدر به، قدرناه بالمال، لعدم الشرط، فإذا وجد الشرط، فهو الأصل، فيصير إليه، كالمضاربة يصار إلى الشرط، فإذا عدم، وقالا: الربح بيننا. كان بينهما نصفين، وفارق الوضيعة؛ فإنها لا تتعلق إلا بالمال، بدليل المضاربة.

وأما شركة الأبدان، فهي معقودة على العمل المجرد، وهما يتفاضلان فيه مرة، ويتساويان أخرى، فجاز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل، كما ذكرنا في شركة العنان، بل هذه أولى؛ لانعقادها على العمل المجرد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٢

وأما شركة الوجوه، فكلام الخرقي بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل. وهو قياس المذهب؛ لأن سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه، فكذلك هذه، ولأنها تنعقد على العمل وغيره، فجاز ما اتفقا عليه، كشركة العنان. وقال القاضي: الربح بينهما على قدر ملكيهما في المشترى؛ لأن الربح يستحق بالضمان، إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما، فيشتركان على العمل، والضمان لا تفاضل فيه، فلا يجوز التفاضل في الربح.." (١)

"بتركه سواها، وزيادة، الثمن حصلت بتفريطه، فلا يضمنها. واحتمل أن يضمن الثمن؛ لأنه وجب بالبيع، وفات بتفريط البائع.

وإن نقص عن القيمة، فقد انتقل، الوجوب إليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئا.

[فصل سفر الشريك بالمال]

(٣٦٦١) فصل: وليس له السفر بالمال، في أحد الوجهين، وهو مذهب الشافعي؛ لأن في السفر تغريرا بالمال وخطرا، ولهذا يروى: " إن المسافر وماله لعلى خطر " قلت، إلا ما وقى الله تعالى: أي هلاك، ولا يجوز له التغرير بالمال بغير إذن مالكه.

والوجه الثاني، له السفر به إذا لم يكن مخوفا. قال القاضي: قياس المذهب جوازه، بناء على السفر الوديعة. وهذا قول مالك. ويحكى ذلك عن أبي حنيفة؛ لأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفرا وحضرا. ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، فملك ذلك بمطلقها، وهذان الوجهان في المطلق.

فأما إن أذن في السفر، أو نهي عنه، أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين، تعين ذلك، وثبت ما أمر به. وحرم ما نهي عنه. وليس له السفر في موضع مخوف، على الوجهين جميعا.

وكذلك لو أذن له في السفر مطلقا، لم يكن له السفر في طريق مخوف، ولا إلى بلد مخوف، فإن فعل، فهو ضامن لما يتلف؛ لأنه متعد بفعل ما ليس له فعله. وإن سافر في طريق آمن جاز، ونفقته في مال نفسه. وبهذا قال ابن سيرين، وحماد بن أبي سليمان. ظاهر مذهب الشافعي.

وقال الحسن، والنخعي، والأوزاعي، ومالك، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي: ينفق من المال بالمعروف، إذا شخص به عن البلد؛ لأن سفره لأجل المال، فكانت نفقته منه كأجر الحمال.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٣

ولنا، أن نفقته تخصه، فكانت عليه، كنفقة الحضر، وأجر الطبيب، وثمن الطب، ولأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى، فلا يكون له غيره، ولأنه لو استحق النفقة أفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه.

فأما إن اشترط له النفقة، فله ذلك، وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره.

قال أحمد، في رواية الأثرم: أحب إلي أن يشترط نفقة محدودة، وإن أطلق صح. نص عليه.

وله نفقته من المأكول، ولا كسوة له. قال أحمد: إذا قال: له نفقته. فإنه ينفق. قيل له: فيكتسي؟ قال: لا، إنما له النفقة. وإن كان سفره طويلا، يحتاج إلى تجديد كسوة، فظاهر كلام أحمد جوازها؛ لأنه قيل له: فلم يشترط الكسوة، إلا أنه في بلد بعيد، وله مقام طويل، يحتاج فيه إلى كسوة. فقال: إذا أذن له في النفقة فعل، ما لم يحمل على مال الرجل، ولم يكن ذلك قصده. هذا معناه.

وقال القاضي وأبو الخطاب: إذا شرط له النفقة، فله جميع نفقته، من مأكول أو ملبوس." (١)

"بالمعروف

وقال أحمد: ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه، غير متعد بالنفقة، ولا مضر بالمال لم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة؛ لأن الأسعار تختلف، وقد تقل، وقد تكثر. فإن اختلفا في قدر النفقة، فقال أبو الخطاب: يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله.

فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة، أو كان معه مضاربة أخرى، أو بضاعة لآخر، فالنفقة على قدر المالين، لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر، والسفر للمالين، فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما، إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك.

ولو أذن له في السفر إلى موضع معين، أو غير معين، ثم لقيه رب المال في السفر، إما بذلك الموضع، أو في غيره، وقد نض المال، فأخذ ماله، فطالبه العامل بنفقة الرجوع إلى بلده، لم يكن له؛ لأنه إنما يستحق النفقة ما داما في القراض، وقد زال، فزالت النفقة، ولذلك لو مات لم يجب تكفينه. وقد قيل: له ذلك؛ لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره، بتسفيره إلى الموضع الذي أذن له فيه، معتقدا أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا، فإذا قطع عنه النفقة، تضرر بذلك.

[فصل حكم المضارب]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/ ٣٠

(٣٦٦٢) فصل: وحكم المضارب حكم الوكيل، في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المثل، ولا يشتري بأكثر منه، مما لا يتغابن الناس بمثله فإن فعل، فقد روي عن أحمد، أن البيع يصح، ويضمن النقص؛ لأن الضرر ينجبر بضمان النقص.

وال قياس أن البيع باطل، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه بيع لم يؤذن له فيه، فأشبه بيع الأجنبي.

فعلى هذا، إن تعذر رد المبيع، ضمن النقص أيضا، وإن أمكن رده، وجب رده إن كان باقيا؛ أو قيمته إن كان تالفا، ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري، فإن أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن، وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها.

ورد عليه الثمن؛ لأن التلف حصل في يده. وأما ما يتغابن الناس بمثله، فغير ممنوع منه؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال، فهو كالبيع. وإن اشترى في الذمة، لزم العامل دون رب المال، إلا أن يجيزه، فيكون له. هذا ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي: إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال، فكذلك، وإن صرح للبائع إنني اشتريته لفلان، فالبيع باطل أيضا.

[فصل بيع الشريك وشراؤه بغير نقد البلد]

فصل: وهل له أن يبيع ويشتري بغير نقد البلد؟ على روايتين: الأولى، جوازه إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به، كما يجوز أن يبيع عرضا بعرض ويشتريه به. فإذا قلنا: لا يملك ذلك. ففعله، فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل.

وإن قال له: اعمل." (١)

"وتخرج من المضاربة، وتحسب قيمتها، ويضاف إليها بقية المال فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه.

[فصل أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة]

(٣٦٧٢) فصل: وإذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة، فاشترى جارية ليتسرى بها، خرج ثمنها من المضاربة، وصار قرضا في ذمته؛ لأن استباحة البضع لا تحصل إلا بملكه؛ لقول الله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون: ٦] .

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣١

(٣٦٧٣) فصل: وليس لواحد منهما تزويج الأمة؛ لأنه ينقصها، ولا مكاتبة العبد لذلك. فإن اتفقا على ذلك، جاز؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما.

[فصل المضارب لا يدفع المال إلى آخر مضاربة]

(٣٦٧٤) فصل: وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم، وحرب، وعبد الله، قال: إن أذن له رب المال، وإلا فلا. وخرج القاضي وجها في جواز ذلك، بناء على توكيل الوكيل من غير إذن الموكل. ولا يصح هذا التخريج، و قياسه على الوكيل ممتنع لوجهين؛ أحدهما، أنه إنما دفع إليه المال هاهنا ليضارب به، وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضاربا به، بخلاف الوكيل. الثاني، أن هذا يوجب في المال حقا لغيره، ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم. فإن فعل، فلم يتلف المال، ولا ظهر فيه ربح، رده إلى مالكه، ولا شيء له ولا عليه

وإن تلف، أو ربح فيه، فقال الشريف أبو جعفر: هو في الضمان والتصرف كالغاصب، ولرب المال مطالبة من شاء منهما برد المال إن كان باقيا، وبرد بدله إن كان تالفا، أو تعذر رده، فإن طالب الأول، وضمنه قيمة التالف، ولم يكن الثاني علم بالحال، لم يرجع عليه بشيء؛ لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة. وإن علم بالحال، رجع عليه؛ لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان، وتلف تحت يده، فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال، لم يرجع على الأول.

وإن لم يعلم، فهل يرجع على الأول؟ على وجهين؛: أحدهما، يرجع عليه؛ لأنه غره، فأشبه ما لو غره بحرية أمة. والثاني: لا يرجع؛ لأن التلف كان في يده، فاستقر الضمان عليه. وإن ربح في المال، فالربح لمالكه، ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل.

وهل للثاني أجر مثله؟ على روايتين: إحداهما، له ذلك؛ لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له، فكان له أجر مثله، كالمضاربة الفاسدة.." (١)

"يقتضي حفظ المال، ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة، سيما إذا كان غائبا عن رب المال، إما لسفر المضارب، أو رب المال، فإنه لا يطالب به إلا المضارب، فإن تركه ضاع. فعلى هذا إن ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال، غرمه؛ لأنه ضيعه وفرط فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٥

وإن كان رب المال حاضرا، وعلم الحال، لم يلزم العامل طلبه، ولا يضمنه إذا تركه؛ لأن رب المال أولى بذلك من وكيله.

[فصل اشترى للمضاربة عبدا فقتله عبد لغيره]

(٣٦٨٥) فصل: وإذا اشترى للمضاربة عبدا، فقتله عبد لغيره، ولم يكن ظهر في المال ربح، فالأمر إلى رب المال، إن شاء اقتص، وإن شاء عفا على غير مال، وتبطل المضاربة فيه؛ لذهاب رأس المال. وإن شاء عفا على مال، فإن عفا على مال مثل رأس المال، أو أقل، أو أكثر، فالمضاربة بحالها، والربح بينهما على شرطهما؛ لأنه وجد بدل عن رأس المال، فهو كما لو وجد بدله بالبيع

وإن كان في العبد ربح، فالقصاص إليهم، ، والمصالحة كذلك؛ لكونهما شريكين فيه. والحكم في انفساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم.

[مسألة لا ربح للمضاربة حتى يستوفي رأس المال]

(٣٦٨٦) مسألة؛ قال: (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال)

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، ومتى كان في المال خسران، وربح، جبرت الوضيعة من الربح، سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة، أو الخسران في صفقة والربح في أخرى، أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى؛ لأن معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال، وما لم يفضل فليس بربح. ولا نعلم في هذا خلافا، وأما ملك العامل لنصيبه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة، فظاهر المذهب أنه يثبت.

هذا الذي ذكره القاضي مذهبا. وبه قال أبو حنيفة وحكى أبو الخطاب رواية أخرى، أنه لا يملكه إلا بالقسمة. وهو مذهب مالك وللشافعي قولان، كالمذهبين. واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه، ولوجب أن يكون شريكا لرب المال، كشريكي العنان.

ولنا، أن الشرط صحيح، فيثبت مقتضاه، وهو أن يكون له جزء من الربح، فإذا وجد يجب أن يملكه بحكم الشرط، كما يملك المساقي حصته من الثمرة لظهورها، و قياسا على كل شرط صحيح في عقد، ولأن هذا الربح مملوك، فلا بد له من مالك، ورب المال لا يملكه اتفاقا، ولا تثبت أحكام الملك في حقه، فلزم أن يكون للمضارب، ولأنه يملك المطالبة بالقسمة؛ فكان مالكا كأحد شريكي العنان.

ولا يمنع أن يملكه، ويكون وقاية لرأس المال، كنصيب رب المال من الربح، وبهذا امتنع اختصاصه بربحه،

ولأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه. قال أحمد إذا وطئ المضارب جارية من المضاربة، فإن لم يكن ظهر في المال ربح، لم تكن أم ولده، وإن ظهر فيه ربح، فهي أم ولده. وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور.." [1]

"[فصل من شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار]

(٣٧١٥) فصل: ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولا ولا جزافا، ولو شاهداه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو ثور، وأصحاب الرأي: يصح إذا شاهداه، والقول قول العامل مع يمينه في قدره؛ لأنه أمين رب المال، والقول قوله فيما في يديه، فقام ذلك مقام المعرفة به.

ولنا، أنه مجهول، فلم تصح المضاربة به، كما لو لم يشاهداه؛ وذلك لأنه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة، ولأنه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره، فلم يصح، كما لو كان في الكيس. وما ذكروه يبطل بالسلم، وبما إذا لم يشاهداه.

[فصل أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما]

(٣٧١٦) فصل: ولو أحضر كيسين، في كل واحد منهما مال معلوم المقدار، وقال: قارضتك على أحدهما. لم يصح، سواء تساوى ما فيهما أو اختلف؛ لأنه عقد يمنع صحته الجهالة، فلم يجز على غير معين، كالبيع.

[مسألة إذا كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها]

(٣٧١٧) مسألة؛ قال: (وإن كان في يده وديعة، جاز له أن يقول: ضارب بها) وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال الحسن: لا يجوز حتى يقبضها منه، قياسا على الدين.

ولنا، أن الوديعة ملك رب المال، فجاز أن يضاربه عليها، كما لو كانت حاضرة. فقال: قارضتك على هذا الألف. وأشار إليه في زاوية البيت. وفارق الدين؛ فإنه لا يصير عين المال ملكا للغريم إلا بقبضه. ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه، وصارت في الذمة، لم يجز أن يضاربه عليها؛ لأنها صارت دينا.

[فصل كان له في يد غيره مال مغصوب فضارب الغاصب به]

(٣٧١٨) فصل: ولو كان له في يد غيره مال مغصوب، فضارب الغاصب به، صح أيضا؛ لأنه مال لرب

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤١

المال، يباح له بيعه من غاصبه، ومن يقدر على أخذه منه، فأشبه الوديعة. وإن تلف، وصار في الذمة، لم تجز المضاربة به؛ لأنه صار دينا. ومتى ضاربه بالمال المغصوب، زال ضمان الغصب، بمجرد عقد المضاربة. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال القاضي: لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمنا. وهو مذهب الشافعي؛ لأن القراض لا ينافي الضمان، بدليل ما لو تعدى فيه. ولنا، أنه ممسك للمال بإذن مالكه، لا يختص بنفعه، ولم يتعد فيه، فأشبه ما لو قبضه إياه.." (١)

"[كتاب الوكالة]

وهي جائزة بالكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها﴾ [التوبة: ٦٠] . فجوز العمل عليها، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين، وأيضا قوله تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه﴾ [الكهف: ١٩] . وهذه وكالة.

وأما السنة، فروى أبو داود، والأثرم، وابن ماجه، عن الزبير بن الخريت، عن أبي لبيد لمازة بن زبار، عن عروة بن الجعد قال: «عرض للنبي - صلى الله عليه وسلم - جلب، فأعطاني دينارا، فقال: يا عروة، ائت الجلب، فاشتر لنا شاة. قال: فأتيت الجلب، فساومت صاحبه، فاشتريت شاتين بدينار، فجئت أسوقهما، أو أقودهما، فلقيني رجل بالطريق، فساومني، فبعت منه شاة بدينار، فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - بالدينار وبالشاة. فقلت: يا رسول الله، هذا ديناركم، وهذه شاتكم. قال: وصنعت كيف؟ . قال: فحدثته الحديث. قال: اللهم بارك له في صفقة يمينه» . هذا لفظ رواية الأثرم.

وروى أبو داود، بإسناده «عن جابر بن عبد الله، قال: أردت الخروج إلى خيبر، فأتيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقلت له: إني أردت الخروج إلى خيبر. فقال: ائت وكيلي، فخذ منه خمسة عشر وسقا، فإن ابتغى منك آية، فضع يدك على ترقوته» .

وروي عنه - صلى الله عليه وسلم - «، أنه وكل عمرو بن أمية الضمري، في قبول نكاح أم حبيبة، وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة.» وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة. ولأن الحاجة داعية إلى ذلك؛ فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه، فدعت الحاجة إليها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٥٤

[فصل كل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه]

(٣٧٣٦) فصل: وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه، وكان مما تدخله النيابة، صح أن يوكل فيه رجلا كان أو امرأة، حرا أو عبدا، مسلما كان أو كافرا. وأما من يتصرف بالإذن، كالعبد المأذون له، والوكيل، والمضارب، فلا يدخلون في هذا. لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده، كالطلاق والخلع. وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه، لا يوكل إلا فيما له فعله، من الطلاق والخلع، وطلب القصاص، ونحوه.

وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه، وتدخله النيابة، صح أن يتوكل لغيره فيه، إلا الفاسق، فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه. وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره. وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك. وهو ال قياس. ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان، كهذين. فأما توكيله في الإيجاب، فلا يجوز إلا على الرواية التي تثبت الولاية له. وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين؛ أحدهما: يجوز توكيله؛ لأنه ليس بولي.." (١)

"ولنا، أنهما اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به، فكان القول قوله، كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه، أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به.

وما ذكره القاضي من نص أحمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة، فليس بنص هاهنا؛ لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما، فلا يكون النص في إحداهما نصا في الأخرى. وما ذكره من المعنى لا أصل له، فلا يعول عليه.

ولو غاب رجل، فجاء رجل آخر إلى امرأته، فذكر أن زوجها طلقها وأبانها، ووكله في تجديد نكاحها بألف. فأذنت له في نكاحها، فعقد عليها، وضمن الوكيل الألف، ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله، فالقول قوله، والنكاح الأول بحاله.

و قياس ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت الوكيل، لزمه الألف، إلا أن يبينها زوجها قبل دخوله بها. وحكي ذلك عن مالك، وزفر. وحكي عن أبي حنيفة، والشافعي، أنه لا يلزم الضامن شيء؛ لأنه فرع عن المضمون عنه، ولم يلزم المضمون عنه شيء، فكذلك فرعه.

ولنا، أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه، وأنه ضامن عنه، فلزمه ما أقر به، كما لو ادعى على رجل أنه ضمن له ألفا على أجنبي، فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه، وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراه، فأقر البائع بالبيع، وأنكره المشتري، فإن الشفيع يستحق

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٦٣

الشفعة في أصح الوجهين. وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل، فلا شيء عليه.
ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة، ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى، فلا يكون فيها اختلاف. والله أعلم.

الحال السادسة، أن يختلفا في صفة الوكالة، فيقول: وكلتك في بيع هذا العبد. قال: بل وكلتني في بيع هذه الجارية. أو قال: وكلتك في البيع بألفين. قال: بل بألف. أو قال: وكلتك في بيعه نقدا. قال بل نسيئة. أو قال: وكلتك في شراء عبد. قال: بل في شراء أمة. أو قال: وكلتك في الشراء بخمسة. قال: بل بعشرة. فقال القاضي: القول قول الموكل.
وهو مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي، وابن المنذر وقال أبو الخطاب: إذا قال: أذنت لك في البيع نقدا، في الشراء بخمسة. قال: بل أذنت لي في البيع نسيئة، وفي الشراء بعشرة. فالقول قول الوكيل. نص عليه أحمد في المضاربة؛ لأنه أمين في التصرف، فكان القول قوله في صفته، كالخياط إذا قال: أذنت لي في تفصيله قباء. قال: بل قميصا.
وحكي عن مالك، إن أدركت السلعة، فالقول قول الموكل، وإن فاتت، فالقول قول الوكيل؛ لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان، والأصل عدمه، بخلاف ما إذا كانت موجودة. والقول الأول أصح، لوجهين: أحدهما أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الوكيل، والأصل عدمه، فكان القول قول من ينفيه، كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره." (١)
"وكيله.
فإذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر، فإن ادعى أنه قضى الدين بغير بينة، فللموكل الرجوع عليه إذا قضاه في غيبة الموكل. قال القاضي: سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه أذن له في قضاء يبرئه، ولم يوجد. وعن أحمد رواية أخرى: لا يرجع عليه بشيء، إلا أن يكون أمره بالإشهاد فلم يفعل. فعلى هذه الرواية، إن صدقه الموكل في الدفع، لم يرجع عليه بشيء، وإن كذبه، فالقول قول الوكيل مع يمينه. وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي؛ لأنه ادعى فعل ما أمر به موكله، فكان القول قوله، كما لو أمره ببيع ثوبه، فادعى أنه باعه.
ووجه الأول أنه مفرط بترك الإشهاد، فضمن كما لو فرط في البيع بدون ثمن المثل. فإن قيل: فلم يأمره

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٧٨

بالإشهاد؟ قلنا إطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك؛ لأنه لا يثبت إلا به، فيصير كأمره بالبيع والشراء، يقتضي ذلك العرف لا العموم. كذا هاهنا. و قياس القول الآخر يمكن القول بموجبه. وأن قوله مقبول في القضاء، لكن لزمه الضمان لتفريطه، لا لرد قوله وعلى هذا، لو كان القضاء بحضرة الموكل، لم يضمن الوكيل شيئا؛ لأن تركه الإشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيله.

وكذلك لو أذن له في القضاء بغير إشهاد، فلا ضمان على الوكيل؛ لأن صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال. وكذلك إن أشهد على القضاء عدولا فماتوا أو غابوا، فلا ضمان عليه؛ لعدم تفريطه.

وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته، كشاهد واحد، أو رجل وامرأتين، فهل يبرأ من الضمان؟ يخرج على روايتين. وإن اختلف الوكيل والموكل فقال: قضيت الدين بحضرتك. قال: بل في غيبتي، أو قال: أذنت لي في قضائه بغير بينة. فأنكر الإذن أو قال: أشهدت على القضاء شهودا فماتوا. فأنكره الموكل، فالقول قول الموكل؛ لأن الأصل معه.

[فصل وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد]

(٣٧٦٣) فصل: وإن وكله في إيداع ماله، فأودعه ولم يشهد، فقال أصحابنا: لا يضمن إذا أنكر المودع. وكلام الخرقي بعمومه يقتضي أن لا يقبل قوله على الأمر. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأن الوديعة لا تثبت إلا بالبينة، فهي كالدين. وقال أصحابنا: لا يصح ال قياس على الدين؛ لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك، فلا فائدة في الاستيثاق، بخلاف الدين. فإن قال الوكيل: دفعت المال إلى المودع. فقال: لم تدفعه. فالقول قول الوكيل؛ لأنهما اختلفا في تصرفه، وفيما وكل فيه، فكان القول قوله فيه.

[فصل كان على رجل دين وعنده وديعة فجاءه إنسان فادعى أنه وكيل في قبضهما وأقام بينة]

(٣٧٦٤) فصل: وإذا كان على رجل دين وعنده وديعة، فجاءه إنسان فادعى أنه وكيل صاحب الدين الوديعة في." (١)

"له، ووجه الجمع بينهم، أنه يتهم في حقهم، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن، كتهمته في حق نفسه، وكذلك لا تقبل شهادته. والحكم فيما أراد أن يشتري لموكله، كالحكم في بيعه لماله لأنهما سواء في المعنى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٨٢

[فصل وكل رجلا يتزوج له امرأة]

(٣٧٦٩) فصل: وإن وكل رجلا يتزوج له امرأة، فهل له أن يزوجه ابنته؟ ويخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع، هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز. ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها. وإن أذنت له وليته في تزويجها، خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان، بناء على ما ذكر في البيع.

وكذلك إن وكله رجل في تزويج ابنته، خرج فيه مثل ذلك.

[فصل وكله في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد]

(٣٧٧٠) فصل: وإن وكله رجل في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد، فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه له من نفسه؛ لأنه أذن له في طرفي العقد، فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه. ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنهما، فالقياس جوازه؛ لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما، والجواب عن الآخر، وإقامة حجة كل واحد منهما، ولأصحاب الشافعي في المسألة وجهان.

[فصل أذن للوكيل أن يشتري من نفسه]

(٣٧٧١) فصل: وإذا أذن للوكيل أن يشتري من نفسه، جاز له ذلك. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: لا يجوز؛ لأنه يجتمع له في عقده غرضان، الاسترخاص لنفسه، والاستقصاء للموكل، وهما متضادان، فتمانعا.

ولنا، أنه وكل في التصرف لنفسه، فجاز، كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها، ولأن علة المنع هي من المشتري لنفسه في محل لاتفاق التهمة، لدلالتها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف، وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه، وقد صرح هاهنا بالإذن فيها، فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه. وقولهم: إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء. قلنا: إن عين الموكل له الثمن، فاشترى به، فقد زال مقصود الاستقصاء، فإنه لا يراد أكثر مما قد حصل، وإن لم يعين له الثمن، تقيد البيع بثمن المثل، كما لو باع الأجنبي. وقد ذكر أصحابنا فيما إذا وكل عبدا يشتري له نفسه من سيده وجها، أنه لا يجوز فيخرج هاهنا مثله. والصحيح ما قلنا، إن شاء الله تعالى.

[فصل وكل عبدا يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبدا آخر ففعل]

(٣٧٧٢) فصل: إذا وكل عبدا يشتري نفسه من سيده، أو يشتري منه عبدا آخر، ففعل، صح. وبه قال أبو حنيفة." [١]

"ولنا، أن على الموكل ضررا في تبعيضه، ولم يوجد الإذن فيه نطقا ولا عرفا، فلم يجز، كما لو وكله في شراء عبد، فاشترى نصفه.

[فصل وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشتراه بخمسين أو بما دون المائة]

(٣٧٩٨) فصل: وإن وكله في شراء عبد بعينه بمائة، فاشتراه بخمسين، أو بما دون المائة، صح، ولزم الموكل؛ لأنه مأذون فيه من جهة العرف. وإن قال: لا تشتره بأقل من مائة، فخالفه، لم يجز؛ لأنه خالف نصه، وصريح قوله مقدم على دلالة العرف. فإن قال: اشتره بمائة، ولا تشتره بخمسين. جاز له شراؤه بما فوق الخمسين؛ لأن إذنه في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها، خرج منه الخمسون بصريح النهي، بقي فيما فوقها على مقتضى الإذن.

وإن اشتراه بأقل من الخمسين، ففيه وجهان؛ أحدهما، يجوز؛ لذلك، ولأنه لم يخالف صريح نهيه، أشبه ما زاد على الخمسين. والثاني، لا يجوز؛ لأنه نهاه عن الخمسين استقلالا لها. فكان تنبيها على النهي عما هو أقل منهما، كما أن الإذن في الشراء بمائة إذن فيما دونها، فجرى ذلك مجرى صريح نهيه، فإن تنبيه الكلام كنصه.

وإن قال: اشتره بمائة دينار. فاشتراه بمائة درهم. فالحكم فيه كما لو قال: بعه بمائة درهم، فباعه بمائة دينار، على ما مضى من القول فيه. وإن قال: اشتر لي نصفه بمائة. فاشتراه كله أو أكثر من نصفه بمائة، جاز؛ لأنه مأذون فيه عرفا. وإن قال: اشتر لي نصفه بمائة، ولا تشتره جميعه، فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة، صح، في قياس المسألة التي قبلها، لكون دلالة العرف قاضية بالإذن في شراء كل ما زاد على النصف، خرج الجميع بصريح نهيه، ففيما عداه يبقى على مقتضى الإذن.

[فصل وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشتراه على الصفة بدونها]

(٣٧٩٩) فصل: وإن وكله في شراء عبد موصوف بمائة، فاشتراه على الصفة بدونها، جاز؛ لأنه مأذون فيه عرفا. وإن خالفه في الصفة، أو اشتراه بأكثر منها، لم يلزم الموكل. وإن قال: اشتر لي عبدا بمائة فاشترى

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٨٦

عبدا يساوي مائة بدونها، جاز؛ لأنه لو اشتراه بمائة جاز، فإذا اشتراه بدونها فقد زاده خيرا، فيجوز. وإن كان لا يساوي مائة، لم يجز، وإن كان يساوي أكثر مما اشتراه به؛ لأنه خالف أمره، ولم يحصل غرضه.

[فصل وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار]

(٣٨٠٠) فصل: وإن وكله في شراء شاة بدينار، فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع." (١)

"صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوما. ويقال: لقيت القوم جميعهم إلا واحدا أو اثنين. ولا يجوز أن يقول: لقيت القوم إلا أكثرهم. وإذا لم يكن صحيحا في الكلام، لم يرتفع به ما أقر به، كاستثناء الكل. وكما لو قال: له علي عشرة، بل خمسة. فأما ما احتجوا به من التنزيل، فإنه في الآية الأولى استثنى المخلصين من بني آدم، وهم الأقل، كما قال تعالى ﴿إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم﴾ [ص: ٢٤] .

وفي الأخرى استثنى الغاوين من العباد وهم الأقل، فإن الملائكة من العباد، وهم غير غاوين، قال الله تعالى ﴿بل عباد مكرمون﴾ [الأنبياء: ٢٦] . وقيل: الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك، فيكون قوله ﴿إن عبادي ليس لك عليهم سلطان﴾ [الحجر: ٤٢] مبقى على عمومه، لم يستثن منه شيء، ثم استأنف ﴿إلا من اتبعك من الغاوين﴾ [الحجر: ٤٢] . أي لكن من اتبعك من الغاوين فإنهم غووا باتباعك.

وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الأخرى لأتباعه ﴿وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي﴾ [إبراهيم: ٢٢] . وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة. وأما البيت فقال ابن فضال النحوي: هو بيت مصنوع، لم يثبت عن العرب. على أن هذا ليس باستثناء، فإن الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس هاهنا شيء منها، وال قياس لا يجوز في اللغة: ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف، فلم يجز، كاستثناء الكل.

والفرق بين استثناء الأكثر والأقل، أن العرب استعملته في الأقل وحسنته، ونفته في الأكثر وقبحته، فلم يجز قياس ما قبحوه على ما جوزوه وحسنوه.

[فصل استثناء النصف في الإقرار]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٠٠

(٣٨٥٢) فصل: وفي استثناء النصف وجهان؛ أحدهما، يجوز. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لتخصيصه الإبطال بما زاد على النصف، لأنه ليس بأكثر، فجاز كالأقل.

والثاني، لا يجوز، ذكره أبو بكر؛ لأنه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير، والنصف ليس بقليل. .

[فصل قال له علي عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين]

(٣٨٥٣) فصل: وإذا قال: له علي عشرة، إلا سبعة، إلا خمسة، إلا درهمين. صح، وكان مقرا بستة، وذلك لأنه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط إن وقف عليه، وإن وصله باستثناء آخر استعملناه، لأن الاستثناء." (١)

"وكذلك لو أقر له بدار، وقال: استأجرتها. أو بثوب وادعى أنه قصره، أو خاطه بأجر يلزم المقر له، لم يقبل؛ لأنه مدع على غيره حقا، فلا يقبل قوله إلا ببينة. وكذلك لو قال: هذه الدار له، ولي سكناها سنة.

[فصل قال لك علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه]

(٣٨٧٤) فصل: وإن قال: لك علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه. فقال المدعى عليه: بل لي عليك ألف، ولا شيء لك عندي. فقال أبو الخطاب: فيه وجهان؛ أحدهما، القول قول المقر له؛ لأنه اعترف له بالألف، وادعى عليه مبيعا، فأشبه ما إذا قال: هذا رهن. فقال المالك: وديعة. أو له علي ألف ولي عنده مبيع لم أقبضه. والثاني، القول قول المقر.

قال القاضي: هو قياس المذهب. وهو قول الشافعي، وأبي يوسف؛ لأنه أقر بحق في مقابلة حق له، ولا ينفك أحدهما عن الآخر، فإذا لم يسلم له ماله، لم يسلم للمقر له ما عليه، كما لو قال لرجل: بعتك هذا العبد بألف. قال: بل ملكتنيه بغير شيء. وفارق ما لو قال له: عندي رهن. فقال المالك: بل وديعة؛ لأن الدين ينفك عن الرهن.

ولو قال السيد لعبده: بعتك نفسك بألف. فأنكر العبد. عتق، ولا شيء للمقر؛ لأن العتق ينفك عن الثمن. ولا فرق بين أن يقول: لم أقبضه منفصلا أو متصلا.

فلو قال: له علي ألف من ثمن مبيع. ثم سكت، ثم قال: لم أقبضه. فيقبل قوله، كما لو كان متصلا؛ لأن إقراره تعلق بالمبيع، والأصل عدم القبض، فقبل قوله فيه. فأما إن قال: علي ألف. ثم سكت، ثم قال: من ثمن مبيع. لم يقبل؛ لأنه فسر إقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل، فلم يقبل، كما لم يقبل لو

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٣٠

قال: له علي ألف. ثم سكت، ثم قال: مؤجل.

[فصل قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها]

(٣٨٧٥) فصل: وإذا قال: بعتك جاريتي هذه. قال: بل زوجتنيها. فلا يخلو؛ إما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده، وقبل الاستيلاد أو بعده، فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن، فهو مقر بها لمدعي الزوجية؛ لأنه يدعي عليه شيئا، والزوج ينكر أنها ملكه، ويدعي حلها له بالزوجية، فيثبت الحل؛ لاتفاقهما عليه، ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما على أنه لا يستحق أخذها.

وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد، فالبائع يقر أنها صارت أم ولد، وولدها حر، وأنه لا مهر له، ويدعي الثمن، والمشتري ينكر ذلك كله، فيحكم بحرية الولد؛ لإقرار من ينسب إليه ملكه بحريته، ولا ولاء عليه؛ لاعترافه بأنه حر الأصل، ولا ترد الأمة إلى البائع؛ لإقراره بأنها أم ولد، ولا يجوز نقل الملك فيها، ويحلف المشتري أنه ما اشتراها، ويسقط عنه ثمنها إلا قدر المهر؛ فإنه يجب لاتفاقهما على وجوبه، وإن اختلفا في." (١)

"مجهول النسب مع الإمكان لا منازع له فيه، فلحقه نسبه، ثم يكلف البيان، كما لو طلق إحدى نسائه، فإذا بين قبل بيانه؛ لأن المرجع في ذلك إليه، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة، فإن قال: استولدتها في ملكي. فالولد حر الأصل، لا ولاء عليه، وأمه أم ولد.

وإن قال: في نكاح. فعلى الولد الولاء؛ لأنه مسه رق، والأمة قن؛ لأنها علقت بمملوك. وإن قال: بوطء شبهة. فالولد حر الأصل، والأمة قن؛ لأنها علقت به في غير ملك. وإن ادعت الأخرى أنها التي استولدها؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الاستيلاد، فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقراره بشيء، فإذا حلف رقت ورق ولدها، وإذا مات ورثه ولده المقر به. وإن كانت أمة قد صارت أم ولد عتقت أيضا، وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها إن كان هو الوارث وحده، وإن كان معه غيره عتق منها بقدر ما ملك.

فإن مات قبل أن يبين، قام وارثه مقامه في البيان؛ لأنه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره، فإذا بين كان كما لو بين الموروث، وإن لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاد، ففي الأمة وجهان؛ أحدهما، يكون رقيقا؛ لأن الرق الأصل، فلا يزول بالاحتمال. والثاني يعتق؛ لأن الظاهر أنها ولدته في ملكه؛ لأنه أقر بولدها وهي في ملكه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٣/٥

وهذا منصوص الشافعي. فإن لم يكن وارث، أو كان وارث فلم يعين، عرض على القافة، فإن ألحقت به أحدهما، ثبت نسبه، وكان حكمه كما لو عين الوارث، فإن لم تكن قافة، أو كانت فلم تعرف، أقرع بين الولدين، فيعتق أحدهما بالقرعة؛ لأن للقرعة مدخلا في إثبات الحرية. و قياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه، على ما ذكرنا في التي قبلها. وقال الشافعي: لا يثبت نسب ولا ميراث. واختلفوا في الميراث، فقال المزني: يوقف نصيب ابن؛ لأننا تيقنا ابنا وارثا. ولهم وجه آخر: لا يوقف شيء؛ لأنه لا يرجى انكشافه.
وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد نصفه، ويستسعى في باقيه، ولا يرثان. وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك، إلا أنه يجعل الميراث بينهما نصفين، ويدفعانه في سعايتهما. والكلام على قسمة الحرية والسعاية يأتي في العتق، إن شاء الله تعالى.." (١)

"سواء، وإن ضاق عن قضائهما، فظاهر كلام الخرقي أنهما سواء. وهو اختيار التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور.
وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة؛ لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال، لم يختص أحدهما برهن، فاستويا، كما لو ثبتا ببينة. وقال أبو الخطاب لا يحاص غرماء الصحة. وقال القاضي: هو قياس المذهب؛ لنص أحمد في المفلس أنه إذا أقر وعليه دين ببينة، يبدأ بالدين الذي بالبينة.
وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي؛ لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته، فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة، كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله، منعه من التبرع ومن الإقرار لوارث؛ ولأنه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته، فلم يشارك من أقر له قبل الحجر، ومن ثبت دينه ببينة، كالذي أقر له المفلس. وإن أقر لهما جميعا في المرض، تساويا، ولم يقدم السابق منهما؛ لأنهما استويا في الحال، فأشبها غريمي الصحة. "

[مسألة الإقرار لوارث]
(٣٩٠٣) مسألة؛ قال: (وإن أقر لوارث، لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة) وبهذا قال شريح، وأبو هاشم، وابن أذينة، والنخعي، ويحيى الأنصاري، وأبو حنيفة وأصحابه. وروي ذلك عن القاسم، وسالم وقال عطاء والحسن وإسحاق وأبو ثور: يقبل؛ لأن من صح الإقرار له في الصحة، صح في المرض، كالأجنبي. وللشافعي قولان كالمذهبين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٥٤

وقال مالك يصح إذا لم يتهم، ويبطل إن اتهم، كمن له بنت وابن عم، فأقر لابنته، لم يقبل، وإن أقر لابن عمه، قبل؛ لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه، وعلة منع الإقرار التهمة، فاختص المنع بموضعها. ولنا أنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته، فلم يصح بغير رضى بقية ورثته، كهبته، ولأنه محجور عليه في حقه، فلم يصح إقراره له، كالصبي في حق جميع الناس. وفارق الأجنبي؛ فإن هبته له تصح. وما ذكره مالك لا يصح؛ فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها، فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث، وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما.

[فصل أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه]

(٣٩٠٤) فصل: وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه، صح في قولهم جميعا. لا نعلم فيه مخالفا إلا الشعبي قال: لا يجوز إقراره لها؛ لأنه إقرار لوارث. ولنا، أنه إقرار بما تحقق سببه، وعلم وجوده، ولم تعلم البراءة منه، فأشبه ما لو كان عليه." (١)

"ولنا، قول النبي: «إذا أديت زكاة مالك، فقد قضيت ما عليك» . رواه ابن المنذر. وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «ليس في المال حق سوى الزكاة» . وفي حديث الأعرابي «الذي سأل رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: ماذا فرض الله علي من الصدقة؟ قال: الزكاة. فقال: هل علي غيرها؟ قال: لا، إلا أن تطوع شيئا. أو كما قال» .

والآية فسرها ابن عمر والحسن البصري بالزكاة، وكذلك زيد بن أسلم. وقال عكرمة: إذا جمع ثلاثتها فله الويل، إذا سها عن الصلاة، وراءى، ومنع الماعون. ويجب رد العارية إن كانت باقية. بغير خلاف. ويجب ضمانها إذا كانت تالفة، تعدى فيها المستعير أو لم يتعد. روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وإليه ذهب عطاء والشافعي وإسحاق وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي وابن شبرمة: هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «ليس على المستعير غير المغل، ضمان» . ولأنه قبضها بإذن مالكها، فكانت أمانة، كالوديعة. قالوا: وقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «العارية مؤداة» . يدل على أنها أمانة، لقول الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨] .

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث صفوان: «بل عارية مضمونة» . وروى الحسن، عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٥٨

سمرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» . رواه أبو داود، والترمذي. وقال: حديث حسن غريب. ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه، منفردا بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإتلاف، فكان مضمونا كالغصب، والمأخوذ على وجه السوم. وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجبار، عن عبيد بن حسان، عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان. قاله الدارقطني.
ويحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجزاء، و قياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم.

[فصل شرط نفي الضمان في العارية]
(٣٩١٢) فصل: وإن شرط نفي الضمان، لم يسقط. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حفص العكبري: يسقط. قال أبو الخطاب أومأ إليه أحمد وهو قول قتادة والعنبري لأنه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها، فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها. وقيل: بل مذهب قتادة والعنبري أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - لصفوان: «بل عارية مضمونة» .." (١)
"[فصل ولد العارية لا يجب ضمانه]
(٣٩١٤) فصل: فأما ولد العارية، فلا يجب ضمانه، في أحد الوجهين؛ لأنه لم يدخل في الإعارة، فلم يدخل في الضمان، ولا فائدة للمستعير فيه، فأشبه الوديعة، ويضمنه في الآخر؛ لأنه ولد عين مضمونة، فيضمن، كولد المغصوبة. والأول أصح؛ فإن ولد المغصوبة لا يضمن إذا لم يكن مغصوبا. وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه. وإنما يضمن ولد المغصوبة إذا كان مغصوبا، فلا أثر لكونه ولدا لها.
(٣٩١٥) فصل: ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، فإن لم تكن مثلية، ضمنها بقيمتها يوم تلفها، إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الأجزاء التالفة بالانتفاع المأذون فيه، فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها، إن كانت قيمتها حينئذ أكثر، وإن كانت أقل، ضمنها بقيمتها يوم تلفها، على الوجهين جميعا.

[فصل إن كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير]
(٣٩١٦) فصل: وإن كانت العين باقية، فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها، ويبرأ ذلك من ضمانها. وإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه، أو إلى ملك صاحبها، لم يبرأ من ضمانها. وبهذا قال

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٦٤

الشافعي. وقال أبو حنيفة يبرأ؛ لأنها صارت كالمقبوضة، فإن رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها، فيكون مأذونا فيه من طريق العادة.

ولنا، أنه لم يردها إلى مالكها، ولا نائبه فيها، فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي. وما ذكره يبطل بالسارق إذا رد المسروق إلى الحرز، ولا تعرف العادة التي ذكرها. وإن ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يديه، كزوجته المتصرفة في ماله، ورد الدابة إلى سائسها، ف قياس المذهب أنه يبرأ. قاله القاضي؛ لأن أحمد قال في الوديعة: إذا سلمها المودع إلى امرأته، لم يضمنها.

ولأنه مأذون في ذلك عرفا، أشبه ما لو أذن فيه نطقا. ومؤنة الرد على المستعير؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «العارية مؤداة» . وقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» . وعليه ردها إلى الموضع الذي أخذها منه؛ إلا أن يتفقا على ردها إلى غيره؛ لأن ما وجب رده، لزم رده إلى موضعه، كالمغصوب.

[فصل لا تصح العارية إلا من جائز التصرف]

فصل: (٣٩١٧) ولا تصح العارية إلا من جائز التصرف؛ لأنه تصرف في المال، فأشبه التصرف بالبيع وتعقد بكل فعل أو لفظ يدل عليها، مثل قوله: أعرتك هذا. أو يدفع إليه شيئا، ويقول: أبحتك الانتفاع به. أو خذ هذا فانتفع به. أو يقول: أعرني هذا. أو أعطنيه أركبه أو أحمل عليه.." (١)

"[كتاب الغصب]

الغصب: هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق. وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء: ٢٩] . وقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون﴾ [البقرة: ١٨٨] . وقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا﴾ [المائدة: ٣٨] .

والسرقة نوع من الغصب. وأما السنة، فروى جابر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال في خطبته يوم النحر: «إن دماءكم وأموالكم حرام، كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا، في بلدكم هذا» . رواه مسلم، وغيره. وعن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من أخذ شبرا من الأرض ظلما، طوقه من سبع أرضين» . متفق عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٦٦

وروى أبو حرة الرقاشي، عن عمه وعمرو بن يثربي، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا يحل مال امرئ مسلم، إلا بطيب نفس منه» . رواه أبو إسحاق الجوزجاني. وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة، وإنما اختلفوا في فروع منه.

إذا ثبت هذا، فمن غصب شيئا لزمه رده، ما كان باقيا، بغير خلاف نعلمه. لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» . ولأن حق المغصوب منه متعلق بعين ماله وماليته، ولا يتحقق ذلك إلا برده. فإن تلف في يده، لزمه بدله؛ لقول الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] .

ولأنه لما تعذر رد العين، وجب رد ما يقوم مقامها في المالية. ثم ينظر؛ فإن كان مما تتماثل أجزاؤه، وتتفاوت صفاته، كالحبوب والأدهان، وجب مثله، لأن المثل أقرب إليه من القيمة، وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة من طريق الظن وال ا جتهاد، فكان ما طريقه المشاهدة مقدما، كما يقدم النص على ال قياس، لكون النص طريقه الإدراك بالسماع، وال قياس طريقه الظن والاجتهاد. وإن كان غير متقارب الصفات، وهو ما عدا المكيل والموزون، وجبت قيمته، في قول الجماعة.

وحكي عن العنبري يجب في كل شيء مثله؛ لما روت جسرة بنت دجاجة، عن عائشة - رضي الله عنها - «،." (١)

"[الفصل الرابع على الغاصب ضمان نقص الأرض]

(٣٩٤١) الفصل الرابع: إن على الغاصب ضمان نقص الأرض، إن كان نقصها الغرس، أو نقصت بغيره. وهكذا كل عين مغصوبة، على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصا مستقرا، كثوب تخرق، وإناء تكسر، وطعام سوس، وبناء خرب، ونحوه، فإنه يردها وأرش النقص؛ لأنه نقص حصل في يد الغاصب، فوجب ضمانه، كالقفيز من الطعام، والذراع من الثوب. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إذا شق رجل لرجل ثوبا شقا قليلا، أخذ أرشه. وإن كان كثيرا، فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته، وبين إمساكه وأخذ أرشه.

وقد روي عن أحمد كلام يحتمل هذا؛ فإنه قال، في رواية موسى بن سعيد، في الثوب: إن شاء شق الثوب، وإن شاء مثله. يعني والله أعلم إن شاء أخذ أرش الشق. ووجهه أن هذه جناية أتلفت معظم منفعته، فكانت له المطالبة بقيمته، كما لو قتل شاة له. وحكى أصحاب مالك عنه، أنه إذا جنى على عين، فأتلف غرض

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٧٧

صاحبها فيها، كان المجني عليه بالخيار، إن شاء رجع بما نقصت، وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها.

ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي، ينبني على ذلك؛ لأنه أتلف غرضه به، فإنه لا يركبه في العادة. وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة، فلزمته قيمتها، كما لو أتلف جميعها. ولنا، أنها جناية على مال أرشها دون قيمته، فلم يملك المطالبة بجميع قيمته، كما لو كان الشق يسيرا، ولأنها جناية تنقص بها القيمة، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها، وفي الشاة تلف جميعها؛ لأن الاعتبار في الإتلاف بالمجني عليه، لا بغرض صاحبه؛ لأن هذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره.

[فصل قدر الأرش قدر نقص القيمة في الغصب]

(٣٩٤٢) فصل: وقدر الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان. وبهذا قال الشافعي وعن أحمد رواية أخرى، أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها.

فإنه قال، في رواية أبي الحارث، في رجل فقأ عين دابة لرجل: عليه ربع قيمتها. قيل له: فقأ العينين؟ فقال: إذا كانت واحدة، فقال عمر ربع القيمة، وأما العينان فما سمعت فيهما شيئا. قيل له: فإن كان بعيرا أو بقرة أو شاة؟ فقال: هذا غير الدابة، هذا ينتفع بلحمه، ينظر ما نقصها. وهذا يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدارا في العين الواحدة من الدابة، وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للأثر الوارد فيه، وما عدا هذا يرجع إلى ال قياس.

واحتج أصحابنا لهذه الرواية، بما روى زيد بن ثابت، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى في عين الدابة بربع قيمتها» . وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة:." (١)

"إنا كنا ننزلها منزلة الآدمي، إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن. وهذا إجماع يقدم على ال قياس. ذكر هذين أبو الخطاب في " رءوس المسائل ".

وقال أبو حنيفة إذا قلع عين بهيمة ينتفع بها من وجهتين، كالدابة والبعير والبقرة، وجب نصف قيمتها، وفي إحداهما ربع قيمتها؛ لقول عمر - رضي الله عنه - أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن. وروي عن أحمد في العبد، أنه يضمن في الغصب بما يضمن به في الجناية؛ ففي يده نصف قيمته، وفي موضحته نصف عشر قيمته، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأنه ضمان لأبعاض العبد، فكان مقدرا من قيمته، كأرش

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٨٤

الجناية.

ولنا، أنه ضمان مال من غير جناية، فكان الواجب ما نقص، كالثوب، وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه، وقدر النقص هو الجابر، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة، كغير الحيوان. وأما حديث زيد بن ثابت، فلا أصل له، ولو كان صحيحا لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه، فإن قول النبي - صلى الله عليه وسلم - أحق أن يحتج به، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها، كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين دينارا، ولو كان تقديرا، لوجب في العين نصف القيمة، كعين الآدمي.

وأما ضمان الجناية على أطراف العبد، فمعدول به عن ال قياس، للإلحاق بالجناية على الحر، والواجب هاهنا ضمان اليد، ولا تثبت اليد على الحر، فوجب البقاء فيه على موجب الأصل، وإلحاقه بسائر الأموال المغصوبة. وقول أبي حنيفة إن هذا في بهيمة الأنعام والدابة. لا يصح؛ لأن هذا القول مبني على قول عمر وقول عمر إنما هو في الدابة، والدابة في العرف ما يعد للركوب دون بهيمة الأنعام.

[فصل غصب عبدا فجنى عليه جناية مقدرة الدية]

(٣٩٤٣) فصل: وإن غصب عبدا، فجنى عليه جناية مقدرة الدية، فعلى قولنا: ضمان الغصب ضمان الجناية. الواجب أرش الجناية، كما لو جنى عليه من غير غصب، فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر. وإن قلنا: ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح، فعليه أكثر الأمرين، من أرش النقص أو دية ذلك العضو، لأن سبب ضمان كل واحد منهما وجد، فوجب أكثرهما، ودخل الآخر فيه، فإن الجناية واليد وجدا جميعا.

فإن غصب عبدا يساوي ألفا؛ فزادت قيمته، فصار يساوي ألفين، ثم قطع يده، فنقص ألفا، لزمه ألف، ورد العبد؛ لأن سبب زيادة السوق مع تلف العين مضمونة، ويد العبد كنصفه، فكأنه بقطع يده فوت نصفه. وإن نقص ألفا وخمسمائة، وقلنا: الواجب ما نقص. فعليه ألف وخمسمائة، ويرد." (١)

"والرواية الثانية، أنه يرد على الغاصب ما أنفق من البذر، ومؤنة الزرع في الحرث والسقي، وغيره. وهذا الذي ذكره القاضي. وهو ظاهر كلام الخرقي وظاهر الحديث، لقوله - عليه السلام - " عليه نفقته ". وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٨٥

والحديث، مبني على هذه المسألة؛ فإن أحمد إنما ذهب إلى هذا الحكم استحسانا، على خلاف ال قياس، فإن ال قياس أن الزرع لصاحب البذر؛ لأنه نماء عين ماله، فأشبه ما لو غصب دجاجة فحضنت بيضا له. أو طعاما فعلفه دواب له، كان النماء له. وقد صرح به أحمد فقال: هذا شيء لا يوافق ال قياس، أستحسن أن يدفع إليه نفقته؛ للأثر. ولذلك جعلناه للغاصب إذا استحقت الأرض بعد أخذ الغاصب له، وإذا كان العمل بالحديث، فيجب أن يتبع مدلوله.

(٣٩٥١) فصل: فإن كان الزرع مما يبقى أصوله في الأرض، ويجز مرة بعد أخرى كالرطبة والنعناع، احتمل أن يكون حكمه ما ذكرنا؛ لدخوله في عموم الزرع، لأنه ليس له فرع قوي، فأشبه الحنطة والشعير. واحتمل أن يكون حكمه حكم الغرس؛ لبقاء أصله وتكرر أخذه، ولأن ال قياس يقتضي أن يثبت لكل زرع مثل حكم الغرس، وإنما ترك فيما تقل مدته للأثر، ففيما عداه يبقى على قضية ال قياس.

[فصل غصب أرضا فغرسها فأثمرت فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها]

(٣٩٥٢) فصل: وإن غصب أرضا فغرسها فأثمرت، فأدركها ربها بعد أخذ الغاصب ثمرتها، فهي له. وإن أدركها والثمرة فيها، فكذلك؛ لأنها ثمرة شجره، فكانت له، كما لو كانت في أرضه، ولأنها نماء أصل محكوم به للغاصب، فكان له، كأغصانها وورقها. ولبن الشاة وولدها. وقال القاضي: هي لمالك الأرض إن أدركها في الغراس؛ لأن أحمد قال، في رواية علي بن سعيد: إذا غصب أرضا فغرسها، فالنماء لمالك الأرض. قال القاضي: وعليه من النفقة ما أنفقه الغارس من مؤنة الثمرة؛ لأن الثمرة في معنى الزرع فكانت لصاحب الأرض إذا أدركه قائما فيها، كالزرع. والأول أصح؛ لأن أحمد قد صرح بأن أخذ رب الأرض الزرع شيء لا يوافق ال قياس، وإنما صار إليه للأثر، فيختص الحكم به، ولا يعدى إلى غيره، ولأن الثمرة تفارق الزرع من وجهين؛ أحدهما، أن الزرع نماء الأرض، فكان لصاحبها، والثمرة نماء الشجر. فكان لصاحبه. الثاني، أنه يرد عوض الزرع الذي أخذه، مثل البذر الذي نبت منه الزرع، مع ما أنفق عليه، ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر.." (١)

"[فصل غصب شجرا فأثمر]

(٣٩٥٣) فصل: وإن غصب شجرا فأثمر، فالثمر لصاحب الشجر. بغير خلاف نعلمه؛ لأنه نماء ملكه، ولأن الشجر عين ملكه نما وزاد، فأشبه ما لو طالت أغصانه. وعليه رد الثمر إن كان باقيا، وإن كان تالفا

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٩٠

فعليه بدله.

وإن كان رطبا فصار تمرا، أو عنبا فصار زبيبا، فعليه رده وأرش نقصه إن نقص، وليس له شيء بعمله فيه، وليس للشجر أجرة؛ لأن أجرتها لا تجوز في العقود، فكذلك في الغصب، ولأن نفع الشجر تربية الثمر وإخراجه، وقد عادت هذه المنافع إلى المالك. ولو كانت ماشية، فعليه ضمان ولدها إن ولدت عنده، ويضمن لبنها بمثله؛ لأنه من ذوات الأمثال، ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله، كالقطن.

[فصل حكم الأرض المغصوبة في جواز دخول غير الغاصب إليها]

(٣٩٥٤) فصل: وإذا غصب أرضا، فحكمها في جواز دخول غيره إليها حكمها قبل الغصب. فإن كانت محوطة، كالدار والبستان المحوط، لم يجز لغير مالكها دخولها؛ لأن ملك مالكها لم يزل عنها، فلم يجز دخولها بغير إذنه، كما لو كانت في يده.

قال أحمد، في الضيعة تصير غيضة فيها سمك: لا يصيد فيها أحد إلا بإذنهم. وإن كانت صحراء، جاز الدخول فيها ورعي حشيشها. قال أحمد لا بأس برعي الكلأ في الأرض المغصوبة؛ وذلك لأن الكلأ لا يملك بملك الأرض. ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الأخرى. قياسا لها عليها. ونقل عنه المروذي، في رجل والداه في دار طوابيقها غصب. لا يدخل على والديه، وذلك لأن دخوله عليهما تصرف في الطوابيق المغصوبة.

ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد، في رجل له إخوة في أرض غصب: يزورهم ويراودهم على الخروج، فإن أجابوه، وإلا لم يقم معهم، ولا يدع زيارتهم. يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم، ويتعرف أخبارهم، ويسلم عليهم، ويكلمهم، ولا يدخل إليهم. ونقل المروذي عنه: أكره المشي على العبارة التي يجري فيها الماء.

وذلك لأن العبارة وضعت لعبور الماء، لا للمشي عليها، وربما كان المشي عليها يضر بها. وقال أحمد: لا يدفن في الأرض المغصوبة؛ لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير إذنهم. وقال أحمد، في من ابتاع طعاما من موضع غصب، ثم علم: رجع إلى الموضع الذي أخذه منه، فرده.

وروي عنه، أنه قال: يطرحه. يعني على من ابتاعه منه؛ وذلك لأن قعوده فيه حرام،." (١)

"فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه. فأما الأجرة والمهر وأرش البكارة، فهل يرجع به المتهب على الواهب؟ فيه وجهان. وإن ضمنه الواهب، فهل يرجع به على المتهب؟ فيه وجهان.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٩١

[فصل تصرفات الغاصب]

(٣٩٧٦) فصل: وتصرفات الغاصب كتصرفات الفضولي، على ما ذكرنا من الروايتين؛ إحداهما، بطلانها. والثانية، صحتها ووقوفها على إجازة المالك. وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكمية رواية، أنها تقع صحيحة، وسواء في ذلك العبادات، كالطهارة والصلاة والزكاة والحج، أو العقود كالبيع والإجارة والنكاح.

وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فأما ما اختار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه، فلم نعلم فيه خلافا، وأما ما لم يدركه المالك، فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته، وتكثر تصرفاته، ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير، وربما عاد الضرر على المالك، فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك، والعوض بنمائه وزيادته له، والحكم ببطلانه يمنع ذلك.

[فصل غصب أثمانا فاتجر بها أو عروضا فباعها واتجر بثمنها]

(٣٩٧٧) فصل: وإذا غصب أثمانا فاتجر بها، أو عروضا فباعها واتجر بثمنها، فقال أصحابنا: الربح للمالك، والسلع المشتراة له. وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب إن كان الشراء بعين المال فالربح للمالك. قال الشريف: وعن أحمد أنه يتصدق به. وإن اشتراه في ذمته، ثم نقد الأثمان، فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للغاصب. وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه؛ لأنه اشترى لنفسه في ذمته، فكان الشراء له، والربح له، وعليه بدل المغصوب. وهذا قياس قول الخرقي ويحتمل أن يكون الربح للمغصوب منه؛ لأنه نماء ملكه، فكان له. كما لو اشترى له بعين المال. وهذا ظاهر المذهب. وإن حصل خسران، فهو على الغاصب؛ لأنه نقص حصل في المغصوب. وإن دفع المال إلى من يضارب به، فالحكم في الربح على ما ذكرناه.

وليس على المالك من أجر العامل شيء؛ لأنه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الغاصب، فإن كان المضارب عالما بالغصب، فلا أجر له؛ لأنه متعد بالعمل، ولم يغره أحد، وإن لم يعلم بالغصب، فعلى الغاصب أجر مثله؛ لأنه استعمله عملا بعوض لم يحصل له، فلزمه أجره، كالعقد الفاسد.

[مسألة غصب شيئا ولم يقدر على رده]

(٣٩٧٨) مسألة؛ قال: (ومن غصب شيئا، ولم يقدر على رده، لزمت الغاصب القيمة، فإن قدر عليه، رده

وأخذ القيمة) وجملته أن من غصب شيئا فعجز عن رده، كعبد أبق، أو دابة شردت، فللمغصوب منه المطالبة ببدله، فإذا أخذه ملكه، ولم يملك الغاصب العين المغصوبة، بل متى قدر عليها لزمه ردها،." [(١)]

"أحدها، أن يخلطه بمثله من جنسه، كزيت بزيت، أو حنطة بمثلها، أو دقيق بمثله، أو دنانير أو دراهم بمثلها، فقال ابن حامد: يلزمه مثل المغصوب منه.

وهو ظاهر كلام أحمد؛ لأنه نص على أنه يكون شريكا به إذا خلطه بغير الجنس، فيكون تنبيها على ما إذا خلطه بجنسه. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، إلا في الدقيق، فإنه تجب قيمته؛ لأنه عندهم ليس بمثلي. وقال القاضي: قياس المذهب أنه يلزمه مثله، إن شاء منه، وإن شاء من غيره؛ لأنه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط، فأشبه ما لو تلف؛ لأنه لا يتميز له شيء من ماله.

ولنا، أنه قدر على دفع بعض ماله إليه، مع رد المثل في الباقي، فلم ينتقل إلى المثل في الجميع، كما لو غصب صانعا، فتلف نصفه، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه، فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي، فكان أولى من دفعه من غيره.

الضرب الثاني والثالث والرابع، أن يخلطه بخير منه، أو دونه، أو بغير جنسه، فظاهر كلام أحمد أنهما شريكان، يباع الجميع، ويدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه؛ لأنه قال في رواية أبي الحارث، في رجل له رطل زيت، وآخر له رطل شيرج اختلطا: يباع الدهن كله، ويعطى كل واحد منهما قدر حصته؛ وذلك لأننا إذا فعلنا ذلك، أوصلنا إلى كل واحد منهما عين ماله، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال، لم يرجع إلى البدل.

وإن نقص المغصوب عن قيمته منفردا، فعلى الغاصب ضمان النقص؛ لأنه حصل بفعله. وقال القاضي: قياس المذهب أنه يلزم الغاصب مثله؛ لأنه صار بالخلط مستهلكا، وكذلك لو اشترى زيتا فخلطه بزيته، ثم أفلس، صار البائع كبعض الغرماء، ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله، فكان له بدله، كما لو كان تالفا. ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب، فأما المغصوب، فقد وجد من الغاصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثليات مميزا، فلزمه مثله، كما لو أتلفه، إلا بأن خلطه بخير منه، وبذل صاحبه مثل حقه منه، لزمه قبوله؛ لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي.

وإن خلطه بأدون منه، فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه، لزم الغاصب بذله؛ لأنه أمكنه رد بعض المغصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر. وقيل: لا يلزم الغاصب ذلك؛ لأن حقه انتقل إلى الذمة، فلم يجبر على غير

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٠٥

مال، وإن بذله للمغصوب منه فأباه، لم يجبر على قبوله؛ لأنه دون حقه. وإن تراضيا بذلك، جاز، وكان المالك متبرعا بترك بعض حقه.
وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء، أو دون حقه من الجيد، لم يجز؛ لأنه ربا؛ لأنه يأخذ الزائد في القدر عوضا عن الجودة. وإن كان بالعكس، فرضي بأخذ دون حقه من الرديء، أو سمح الغاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد، جاز؛ لأنه لا مقابل للزيادة، وإنما هي تبرع مجرد.
وإن خلطه." (١)

"انعكس الحال، فصار الثوب يساوي في السوق ثلاثة، والصبغ سبعة انعكست القسمة، فصار لصاحب الصبغ هاهنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب مثل ما كان لصاحب الصبغ؛ لأن زيادة السعر لا تضمن، فإن أراد الغاصب قلع الصبغ، فقال أصحابنا: له ذلك، سواء أضر بالثوب أو لم يضر به، ويضمن نقص الثوب إن نقص.
وبهذا قال الشافعي؛ لأنه عين ماله، فملك أخذه، كما لو غرس في أرض غيره. ولم يفرق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع، وبين ما لا يهلك. وينبغي أن يقال: ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه؛ لأنه سفه.
وظاهر كلام الخرقي أنه لا يمكن من قلعه إذا تضرر الثوب بقلعه؛ لأنه قال في المشتري إذا بنى أو غرس في الأرض المشفوعة: فله أخذه، إذا لم يكن في أخذه ضرر. وقال أبو حنيفة: ليس له أخذه؛ لأن فيه ضررا بالثوب المغصوب، فلم يمكن منه، كقطع خرقة منه، وفارق قلع الغرس؛ لأن الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الأرض.
وإن اختار المغصوب منه قلع الصبغ، ففيه وجهان؛ أحدهما، يملك إجبار الغاصب عليه، كما يملك إجباره على قلع شجره من أرضه، وذلك لأنه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه، فلزمه تخليصه، وإن استضر الغاصب، كقلع الشجر، وعلى الغاصب ضمان نقص الثوب، وأجر القلع، كما يضمن ذلك في الأرض. والثاني، لا يملك إجباره عليه، ولا يمكن من قلعه؛ لأن الصبغ يهلك بالاستخراج، وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع، فلم يجبر على قلعه، كقلع الزرع من الأرض، وفارق الشجر، فإنه لا يتلف بالقلع.
قال القاضي: هذا ظاهر كلام أحمد، ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع، وهذا مخالف للزرع؛ لأن له غاية ينتهي إليها، ولصاحب الأرض أخذه بنفقته، فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه في الحال، بخلاف

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢١٤

الصبغ، فإنه لا نهاية له إلا تلف الثوب، فهو أشبه بالشجر في الأرض. ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف، فإنه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف.

ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. وإن بذل رب الثوب قيمة الصبغ للغاصب ليملكه، لم يجبر على قبوله؛ لأنه إجبار على بيع ماله، فلم يجبر عليه، كما لو بذل له قيمة الغراس. ويحتمل أن يجبر على ذلك إذا لم يقلعه، قياسا على الشجر، والبناء في الأرض المشفوعة، والعارية، وفي الأرض المغصوبة إذا لم يقلعه الغاصب، ولأنه أمر يرتفع به النزاع، ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر، فأجبر عليه، كما ذكرنا. وإن بذل الغاصب قيمة الثوب." (١)

"ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه، لا بقيمته، وفي غيره يأخذه بقيمته، فافترقا.

فأما المنتقل بعوض فينقسم قسمين؛ أحدهما، ما عوضه المال، كالبيع، فهذا فيه الشفعة بغير خلاف، وهو في حديث جابر، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به. وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع، كالصلح بمعنى البيع، والصلح عن الجنايات الموجبة للمال، والهبة المشروط فيها ثواب معلوم؛ لأن ذلك بيع ثبتت فيه أحكام البيع، وهذا منها. وبه يقول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا: لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضا؛ لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض، فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا، أنه يملكها بعوض هو مال، فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة، كالبيع، ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة؛ لأن العوض صرف اللفظ عن مقتضاه، وجعله عبارة عن البيع، خاصة عندهم، فإنه ينعقد بها النكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق.

القسم الثاني، ما انتقل بعوض غير المال، نحو أن يجعل الشقص مهرا، أو عوضا في الخلع، أو في الصلح عن دم العمد، فظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه؛ لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع. وهذا قول أبي بكر. وبه قال الحسن، والشعبي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، حكاه عنهم ابن المنذر، واختاره.

وقال ابن حامد: تجب فيه الشفعة. وبه قال ابن شبرمة، والحارث العكلي، ومالك، وابن أبي ليلى، والشافعي. ثم اختلفوا بم يأخذه؟ فقال ابن شبرمة، وابن أبي ليلى: يأخذ الشقص بقيمته. قال القاضي: هو قياس قول ابن حامد؛ لأننا لو أوجبنا مهر المثل، لقومنا البضع على الأجانب، وأضررنا بالشفيع؛ لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى، لتسامح الناس فيه في العادة، بخلاف البيع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢١٦

وقال الشريف أبو جعفر، قال ابن حامد: إن كان الشقص صداقا، أو عوضا في خلع، أو متعة في طلاق، أخذه الشفيع بمهر المرأة، وهو قول ،العكلي، والشافعي؛ لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل، فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة، كما لو باعه بعوض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بعقد معاوضة، فأشبه البيع.

ولنا، أنه مملوك بغير مال، أشبه الموهوب والموروث، ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل؛ لما ذكره مالك، وبالقيمة لأنها ليست عوض الشقص، فلا يجوز الأخذ بها، كالموروث، فيتعذر أخذه، ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به، فأشبه الموهوب والموروث، وفارق البيع، فإنه أمكن الأخذ بعوضه.

فإن قلنا: إنه يؤخذ بالشفعة. فطلق الزوج قبل الدخول، بعد عفو الشفيع، رجع بنصف ما أصدقها؛ لأنه." (١)

"الخامس، أن البيع يبطل في قدر المحاباة، وهذا فاسد؛ لأنها محاباة لأجنبي بما دون الثلث، فلا تبطل، كما لو لم يكن الشقص مشفوعا.

[فصل يملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه]

(٤٠١٩) فصل: ويملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه، بأن يقول: قد أخذته بالثمن. أو تملكته بالثمن. أو نحو ذلك، إذا كان الثمن والشقص معلومين، ولا يفتقر إلى حكم حاكم. وبهذا قال الشافعي. وقال القاضي، وأبو الخطاب: يملكه بالمطالبة؛ لأن البيع السابق سبب، فإذا انضمت إليه المطالبة، كان كالإيجاب في البيع انضم إليه القبول. وقال أبو حنيفة: يحصل بحكم الحاكم؛ لأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهرا فافتقر إلى حكم الحاكم، كأخذ دينه.

ولنا، أنه حق ثبت بالنص والإجماع، فلم يفتقر إلى حاكم، كالرد بالعيب. وما ذكروه ينتقض بهذا الأصل، وبأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول، ولأنه مال يتملكه قهرا، فملكه بالأخذ، كالغنائم والمباحات، وملكه باللفظ الدال على الأخذ؛ لأنه بيع في الحقيقة، لكن الشفيع يستقل به، فانتقل باللفظ الدال عليه.

وقولهم: يملك بالمطالبة بمجردها. لا يصح؛ لأنه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد المطالبة، ولوجب أنه إذا كان له شفيعان. فطلبا الشفعة، ثم ترك أحدهما، أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه، ولا يملك

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٣٥

أخذ نصيب صاحبه. إذا ثبت هذا، فإنه إذا قال: قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد. وهو عالم بقدره، وبالمبيع، صح الأخذ، وملك الشقص، ولا خيار له، ولا للمشتري؛ لأن الشقص يؤخذ قهرا، والمقهور لا خيار له، والآخذ قهرا، لا خيار له أيضا كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه، أو الثمن لعيب في المبيع.
وإن كان الثمن مجهولا أو الشقص، لم يملكه بذلك؛ لأنه بيع في الحقيقة، فيعتبر العلم بالعوضين، كسائر البيوع. وله المطالبة بالشفعة، ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري، أو من غيره ، والمبيع، فيأخذه بثمنه. ويحتمل أن له الأخذ مع جهالة الشقص، بناء على بيع الغائب.

[فصل أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري]
(٤٠٢٠) فصل: وإذا أراد الشفيع أخذ الشقص، وكان في يد المشتري، أخذه منه، وإن كان في يد البائع، أخذه منه وكان كأخذه من المشتري. هذا قياس المذهب. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه، ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه، ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد، فصار كما لو قبضه المشتري.
وقال القاضي: ليس له أخذه من البائع، ويجبر الحاكم المشتري على قبضه، ثم يأخذه الشفيع منه. وهذا أحد الوجهين لأصحاب." (١)
"ولا يصح قياس الولي على المالك؛ لأن للمالك التبرع والإبراء وما لا حظ له فيه، بخلاف الولي.

[فصل كان للصبي حظ في الأخذ بالشفعة]
(٤٠٤٢) فصل: فأما الولي، فإن كان للصبي حظ في الأخذ بها، مثل أن يكون الشراء رخيصا، أو بثمن المثل وللصبي مال لشراء العقار، لزم وليه الأخذ بالشفعة؛ لأن عليه الاحتياط له، والأخذ بما فيه الحظ، فإذا أخذ بها، ثبت الملك للصبي، ولم يملك نقضه بعد البلوغ، في قول أكثر أهل العلم، منهم مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي.
وقال الأوزاعي: ليس للولي الأخذ بها؛ لأنه لا يملك العفو عنها، فلا يملك الأخذ بها، كالأجنبي، وإنما يأخذ بها الصبي إذا كبر. ولا يصح هذا؛ لأنه خيار جعل لإزالة الضرر عن المال، فملكه الولي في حق الصبي، كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٣٩

فإن تركها الولي مع الحظ فللصبي الأخذ بها إذا كبر، ولا يلزم الولي لذلك غرم؛ لأنه لم يفوت شيئا من م الـه، وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه، فأشبه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ في شرائه، وإن كان الحظ في تركها، مثل أن يكون المشتري قد غبن، أو كان في الأخذ بها يحتاج إلى أن يستقرض ويرهن مال الصبي، فليس له الأخذ؛ لأنه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه.

فإن أخذ، فهل يصح؟ على روايتين؛ إحداهما، لا يصح، ويكون باقيا على ملك المشتري؛ لأنه اشترى له ما لا يملك شراءه، فلم يصح، كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل، أو اشترى معيبا يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع؛ لأن الشفعة تؤخذ بحق الشركة، ولا شركة للولي، ولذلك لو أراد الأخذ لنفسه، لم يصح، فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه، فإنه يقع باطلا، ولا يصح لواحد منهما كذا هاهنا.

وهذا مذهب الشافعي. والرواية الثانية، يصح الأخذ للصبي؛ لأنه اشترى له ما يندفع عنه الضرر به، فصح، كما لو اشترى معيبا لا يعلم عيبه، والحظ يختلف ويخفى، فقد يكون له حظ في الأخذ بأكثر من ثمن المثل، لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتريه بزوال الشركة، أو لأن الضرر الذي يندفع بأخذه كثير، فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لخفائه، ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه، فسقط اعتباره، وصح البيع.

[فصل باع وصي الأيتام فباع لأحدهم نصيبا في شركة آخر]

(٤٠٤٣) فصل: وإذا باع وصي الأيتام، فباع لأحدهم نصيبا في شركة آخر، كان له الأخذ للآخر بالشفعة؛ لأنه كالشراء له. وإن كان الوصي شريكا لمن باع عليه، لم يكن له الأخذ؛ لأنه متهم في بيعه، ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيمه.

ولو باع الوصي نصيبه، كان له الأخذ لليتيم بالشفعة، إذا كان له الحظ فيها؛ لأن التهمة منتفية، فإنه لا يقدر على الزيادة في ثمنه، لكون المشتري لا يوافقه، ولأن الثمن حاصل له من." (١)

"المشتري، كحصوله من اليتيم، بخلاف بيعه مال اليتيم، فإنه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به، فإذا رفع الأمر إلى الحاكم، فباع عليه، فللوصي الأخذ حينئذ؛ لعدم التهمة، وإن كان مكان الوصي أب، فباع شقص الصبي، فله أن يأخذه بالشفعة؛ لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده، لعدم التهمة.

وإن بيع شقص في شركة حمل، لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة؛ لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية. وإذا ولد الحمل ثم كبر، فله الأخذ بالشفعة، كالصبي إذا كبر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٥٣

[فصل عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها حظ ثم أراد الأخذ بها]

(٤٠٤٤) فصل: وإذا عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها حظ، ثم أراد الأخذ بها، فله ذلك، في قياس المذهب؛ لأنها لم تسقط بإسقاطه، ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر، ولو سقطت لم يملك الأخذ بها. ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها؛ لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على التراخي، وذلك على خلاف الخبر والمعنى.

ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر؛ لأن الحق يتجدد له عند كبره، فلا يملك تأخيره حينئذ، وكذلك أخذ الغائب بها إذا قدم. فأما إن تركها لعدم الحظ فيها، ثم أراد الأخذ بها، والأمر على ما كان، لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء.

وإن صار فيها حظ، أو كان معسرا عند البيع فأيسر بعد ذلك، انبنى ذلك على سقوطها بذلك؛ فإن قلنا: لا تسقط، وللصبي الأخذ بها إذا كبر. فحكمها حكم ما فيه الحظ، وإن قلنا: تسقط. فليس له الأخذ بها بحال؛ لأنها قد سقطت على الإطلاق، فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفعته.

(٤٠٤٥) فصل: والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء؛ لأنه محجور عليه لحظه، وكذلك السفيه لذلك، وأما المغمى عليه فلا ولاية عليه، وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر إفاقته.

وأما المفلس، فله الأخذ بالشفعة، والعفو عنها، وليس لغرمائه الأخذ بها؛ لأن الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها، ولا إجباره على الأخذ بها؛ لأنها معاوضة، فلا يجبر عليها، كسائر المعاوضات. وليس لهم إجباره على العفو؛ لأنه إسقاط حق، فلا يجبر عليه.

وسواء كان له حظ في الأخذ بها، أو لم يكن؛ لأنه يأخذ في ذمته، وليس بمحجور عليه في ذمته، لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها؛ لتعلق حقوقهم بماله، فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصا غير هذا. ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة، تعلقت حقوق الغرماء به، سواء أخذه برضاهم أو بغيره؛ لأنه مال له، فأشبه ما لو اكتسبه.

وأما المكاتب، فله الأخذ والترك، وليس لسيده الاعتراض عليه؛ لأن التصرف يقع له دون سيده. فأما المأذون له في التجارة من العبيد، فله الأخذ بالشفعة؛ لأنه مأذون له في الشراء، وإن عفا عنها لم ينفذ عفوه؛." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٥٤

"سابق في ملك متجدد بعده، وإن قال كل واحد منهما: ملكي سابق. ولأحدهما بينة بما ادعاه، قضي له، وإن كان لكل واحد منهما بينة، قدمنا أسبقهما تاريخا، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه، وتجدد ملك صاحبه، تعارضتا.

وإن لم تكن لكل واحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى، فقدمنا دعواه، وسألنا خصمه، فإن أنكر، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه منكر، فإن حلف، سقطت دعوى الأول، ثم تسمع دعوى الثاني على الأول، فإن أنكر وحلف، سقطت دعواهما جميعا. وإن ادعى الأول، فنكل الثاني عن اليمين، قضينا عليه، ولم تسمع دعواه؛ لأن خصمه قد استحق ملكه.

وإن حلف الثاني، ونكل الأول، قضينا عليه.

[فصل اختلف المتبايعان في ثمن الشفعة]

(٤٠٦٩) فصل: إذا اختلف المتبايعان في الثمن، فادعى البائع أن الثمن ألفان، وقال المشتري: هو ألف. فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان، أخذهما من المشتري. وللشفيع أخذه بالألف؛ لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف، ويدعي أن البائع ظلمه. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم عليه بألفين، أخذه الشفيع بهما؛ لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله، وثبت ما حكم به الحاكم. ولنا، أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة، وأنه ظلمه بألف، فلم يحكم له به، وإنما حكم بها للبائع؛ لأنه لا يكذبها.

فإن قال المشتري: صدقت البينة، وكنت أنا كاذبا أو ناسيا. ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يقبل رجوعه؛ لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي غيره، فأشبه ما لو أقر له بدين. والثاني، يقبل قوله.

وقال القاضي: هو قياس المذهب عندي، كما لو أخبر في المرابحة بثمن، ثم قال: غلطت. والثمن أكثر، قبل قوله مع يمينه، بل هاهنا أولى؛ لأنه قد قامت البينة بكذبه، وحكم الحاكم بخلاف قوله، فقبل رجوعه عن الكذب. وإن لم تكن للبائع بينة، فتحالفا، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري، لم يكن له ذلك؛ لأن للبائع فسخ البيع، وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولأنه يقضي إلى إلزام العقد بما حلف عليه المشتري، ولا يملك ذلك.

فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع، جاز، وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لأن حق البائع من الفسخ قد زال. فإن عاد المشتري فصدق البائع، وقال: الثمن ألفان، وكنت غالطا. فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه؟ فيه وجهان، كما لو قامت به بينة.

[فصل اشترى شقصا له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر]

(٤٠٧٠) فصل: ولو اشترى شقصا له شفيعان، فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة، وشهد له بذلك الشفيع." [١]

"[فصل دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد]

(٤٠٨٢) فصل: وإذا كانت دار بين ثلاثة، فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه، فباعهما لرجل واحد، فلشريكهما الشفعة فيهما. وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان؛ أحدهما، له ذلك؛ لأن المالك اثنان، فهما بيعان، فكان له أخذ نصيب أحدهما، كما لو توليا العقد. والثاني، ليس له ذلك؛ لأن الصفقة واحدة، وفي أخذ أحدهما تبعيض الصفقة على المشتري، فلم يجز، كما لو كانا لرجل واحد.

وإن وكل رجل رجلا في شراء نصف نصيب أحد الشركاء، فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله، فلشريكه أخذ نصيب أحدهما؛ لأنهما مشتريان، فأشبه ما لو وليا العقد. والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها، أن أخذ أحد النصيبين لا يفضي إلى تبعيض صفقة المشتري، ولأنه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر، بخلاف التي قبلها؛ فإن المشتري واحد.

[مسألة ع٥دة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع]

(٤٠٨٣) مسألة؛ قال: (وعهدة الشفيع على المشتري، وعهدة المشتري على البائع) يعني أن الشفيع إذا أخذ الشقص، فظهر مستحقا، فرجوعه بالثمن على المشتري، ويرجع المشتري على البائع.

وإن وجده معيبا فله رده على المشتري، أو أخذ أرشه منه، والمشتري يرد على البائع، أو يأخذ الأرش منه، سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع. وبهذا قال الشافعي. وقال ابن أبي ليلى، وعثمان البتي: عهدة الشفيع على البائع؛ لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع، فكان رجوعه عليه، كالمشتري. وقال أبو حنيفة: إن أخذه من المشتري، فالعهدة عليه، وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه؛ لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري، فينفسخ البيع بين البائع والمشتري، فكان الشفيع آخذا من البائع مالكا من جهته، فكانت عهدته عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٦٨

ولنا، أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن. فكانت العهدة عليه، كما لو أخذه منه ببيع، ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن، فملك رده عليه بالعيب، كالمشتري في البيع الأول. و قياسه على المشتري، في جعل عهدته على البائع، لا يصح؛ لأن المشتري ملكه من البائع، بخلاف الشفيع.

وأما إذا أخذه من البائع، فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه. ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع، بطلت الشفعة؛ لأنها استحقت به.." (١)

"يأخذ عليها خراجا معلوما» . رواه البخاري ومسلم.

وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه. فكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى مات وهو يفعله، ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده، بخبر لا يجوز العمل به، ولو لم يخالفه غيره، ورجوع ابن عمر إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه

وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع، ولم يقبل حديثه، وحمله على أنه غلط في روايته. والمعنى يدل على ذلك؛ فإن كثيرا من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه، ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير من الناس لا شجر لهم، ويحتاجون إلى الثمر، ففي تجويز المساقاة دفع للحاجتين، وتحصيل لمصلحة الفئتين، فجاز ذلك، كالمضاربة بالأثمان.

[مسألة المساقاة في النخل والشجر والكرم]

مسألة؛ قال أبو القاسم: (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم، يجعل للعامل من الثمر) وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر. هذا قول الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم - . وبه قال سعيد بن المسيب، وسالم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو يوسف، ومحمد، وإسحاق، وأبو ثور. وقال داود: لا يجوز إلا في النخيل؛ لأن الخبر إنما ورد بها فيه

وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل والكرم؛ لأن الزكاة تجب في ثمرتهما، وفي سائر الشجر قولان: أحدهما لا يجوز فيه؛ لأن الزكاة لا تجب في نمائه، فأشبه ما لا ثمرة له. وقال أبو حنيفة، وزفر: لا تجوز بحال؛ لأنها إجارة بثمرة لم تخلق، أو إجارة بثمرة مجهولة، أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه. ولنا السنة والإجماع، ولا يجوز التعويل على ما خالفهما. وقولهم: إنها إجارة. غير صحيح، إنما هو عقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٧٧

على العمل في المال ببعض نمائه، فهي كالمضاربة، وينكسر ما ذكروه بالمضاربة؛ فإنه يعمل في المال بنمائه، وهو معدوم مجهول، وقد جاز بالإجماع، وهذا في معناه

ثم قد جوز الشارع العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة، فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة، مع أن ال قياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه، أو المجمع عليه، فأما في إبطال نص، وخرق إجماع ب قياس نص آخر، فلا سبيل إليه. وأما تخصيص ذلك بالنخيل، أو به وبالكرم، فيخالف عموم قوله: «عامل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر» . وهذا عام في كل ثمر، ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل، وقد جاء في لفظ بعض الأخبار، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر» ، ولأنه شجر يثمر كل حول، فأشبه النخيل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه، كالنخل وأكثر؛ لكثرته، فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة، ولا أثر له فيها، وإنما ا لعلة في ما ذكرناه.." (١)

"[فصل المساقاة في ما لا ثمر له من الشجر]

(٤١٠٨) فصل: وأما ما لا ثمر له من الشجر، كالصفصاف والجوز ونحوهما، أو له ثمر غير مقصود، كالصنوبر والأرز، فلا تجوز المساقاة عليه. وبه قال مالك، والشافعي. ولا نعلم فيه خلافا؛ لأنه ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص،، ولأن المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة، وهذا لا ثمرة له، إلا أن يكون مما يقصد ورقه أو زهره كالتوت والورد، فال قياس يقتضي جواز المساقاة عليه؛ لأنه في معنى الثمر، لأنه نماء يتكرر كل عام، ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه، فيثبت له مثل حكمه.

[فصل ساقاه على ثمرة موجودة]

(٤١٠٩) فصل: وإن ساقاه على ثمرة موجودة، فذكر أبو الخطاب فيها روايتين؛ إحداهما، تجوز. وهو اختيار أبي بكر، وقول مالك، وأبي يوسف، ومحمد، وأبي ثور، وأحد قولي الشافعي؛ لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الغرر فيها، فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى. و إ نما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة، كالتأبير

والسقي، وإصلاح الثمرة، فإن بقي ما لا تزيد به الثمرة، كالجذاذ ونحوه، لم يجز، بغير خلاف. والثانية لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٩١

تجوز. وهو القول الثاني للشافعي؛ لأنه ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضا موجودا ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقي. فلم يصح، كما لو بدا صلاح الثمرة، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه، فلم يجز بعد ظهور النماء، كالمضاربة، ولأن هذا يجعل العقد إجارة بمعلوم ومجهول، فلم يصح، كما لو استأجره على العمل بذلك. وقولهم: إنه أقل غررا
قلنا: قلة الغرر ليست من المقتضي للجواز، ولا كثرته الموجودة في محل النص مانعة، فلا تؤثر قلته شيئا، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضا موجودا. ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء، وإنما يحدث النماء الموجود على ملكهما على ما شرطاه، فلم تجز مخالفة هذا الموضوع، ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقا به، كما لو بدا صلاح الثمرة، كالمضاربة بعد ظهور الربح.

[فصل المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع]
(٤١١٠) فصل: فأما قول الخرقي: " بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر ". فيدل على شيئين: أحدهما أن المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع، كالنصف والثلث، لحديث." [١]

"النبي – صلى الله عليه وسلم – ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها، من ثمر أو زرع» . ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة، ونصف الشعير، وثلثي الباقلا، وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الأنواع، إما بتقدير البذر، وإما بتقدير المكان وتعيينه، أو بمساحته، مثل أن قال: تزرع هذا المكان حنطة، وهذا شعيرا، أو تزرع مدين حنطة، ومدين شعيرا، أو تزرع قفيزا حنطة وقفيزين شعيرا. جاز؛ لأن كل واحد من هذه طريق إلى العلم، فاكتفي به.

[فصل ساقاه على أنه إن سقى سيحا فله الثلث وإن سقى بكلفة فله النصف]
(٤١١٥) فصل: وإن ساقاه على أنه إن سقى سيحا فله الثلث، وإن سقى بكلفة فله النصف، لم يصح؛ لأن العمل مجهول، والنصيب مجهول، وهو في معنى بيعتين في بيعة. ويتخرج أن يصح، قياسا على مسألة الإجارة. ولو قال: لك الخمسان، إن كانت عليك خسارة، وإن لم يكن عليك خسارة فلك الربع. لم يصح. نص عليه أحمد، وقال: هذا شرطان في شرط. وكرهه. وهذا في معنى المسألة التي قبلها، ويخرج

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٩٢

فيها مثل ما خرج فيها

ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث، على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم، لم يصح؛ لأنه شرط عقدا في عقد، فصار في معنى بيعتين في بيعة، كقوله: بعتك ثوبي، على أن تبيعني ثوبك. وإنما فسد لمعنيين: أحدهما أنه شرط في العقد عقدا آخر، والنفع الحاصل بذلك مجهول، فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول. الثاني أن العقد الآخر لا يلزمه بالشرط، فيسقط الشرط، وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لأجله، وذلك مجهول، فيصير الكل مجهولا.

[فصل ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه]

(٤١١٦) فصل: وإن ساقى أحد الشريكين شريكه، وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه، مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين، فجعل له الثلثين من الثمرة، صح، وكان السدس حصته من المساقاة، فصار كأنه قال: ساقيتك على نصيبي بالثلث. وإن ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين، أو على أن يكون للعامل الثلث، فهي مساقاة فاسدة؛ لأن العامل يستحق نصفها بملكه، فلم يجعل له في مقابلة عمله شيئا. وإذا شرط له الثلث، فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه، ويستعمله بلا عوض. فلا يصح فإذا عمل في الشجر بناء على هذا، كانت الثمرة بينهما نصفين، بحكم الملك، ولا يستحق العامل بعمله شيئا؛ لأنه تبرع به برضاه بالعمل بغير عوض، فأشبه ما لو قال له: أنا أعمل فيه بغير شيء. وذكر." (١)

"أصحابنا وجها آخر، أنه يستحق أجر مثله؛ لأن المساقاة تقتضي عوضا، فلا تسقط برضاه بإسقاطه، كالنكاح، ولم يسلم له العوض، فيكون له أجر مثله. ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعا، فلم يستحق عوضا، كما لو لم يعقد المساقاة. ويفارق النكاح لوجهين: أحدهما أن عقد النكاح صحيح

فوجب به العوض لصحته، وهذا فاسد، لا يوجب شيئا. والثاني أن الأبضاع لا تستباح بالبذل والإباحة، والعمل ها هنا يستباح بذلك، ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجبا بالعقد، أو بالإصابة، أو بهما، فإن وجب بالعقد، لم يصح قياس هذا عليه، لوجهين: أحدهما أن النكاح صحيح، وهذا فاسد. والثاني أن العقد ها هنا لا يوجب، ولو أوجب لأوجب قبل العمل. ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئا، وإن أوجب بالإصابة، لم يصح ال قياس عليها لوجهين: أحدهما، أن الإصابة لا تستباح بالإباحة والبذل، بخلاف العمل

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٩٥

والثاني أن الإصابة لو خلت عن الءقد لأوجبت، وهذا بخلافه. وإن وجب بهما امتنع ال قياس لهذه الوجوه كلها. فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملا معا، فالمساقاة فاسدة، والثمرة بينهما على قدر ملكيهما، ويتقاصان العمل إن تساويا فيه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل ما في مقابلة عمله، استحق ما فضل له من أجر المثل، وإن لم يشرط له شيء، فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا، وتكلمنا عليه.

[فصل المساقاة على البعل من الشجر وفيما يحتاج إلى سقي]

(٤١١٧) فصل: وتصح المساقاة على البعل من الشجر، كما تجوز فيما يحتاج إلى سقي. وبهذا قال مالك. ولا نعلم فيه خلافا عند من يجوز المساقاة؛ لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك، كدعائها إلى المعاملة في غيره، فيقاس عليه، وكذلك الحكم في المزارعة.

[فصل لا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها]

(٤١١٨) فصل: ولا تصح المساقاة إلا ءلى شجر معلوم بالرؤية، أو بالصفة التي لا يختلف معها، كالبيع. فإن ساقاه على." (١)

"أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خيبر، ولو كانت لهم مدة مقدرة، لم يجز إخراجهم منها. ولأنه عقد على جزء من نماء المال، فكان جائزا، كالمضاربة، أو عقد على المال بجزء من نمائه، أشبه المضاربة، وفارق الإجارة؛ لأنها بيع، فكانت لازمة، كبيع الأعيان، ولأن عوضها مقدر معلوم، فأشبهت البيع. و قياسهم ينتقض بالمضاربة، وهي أشبه بالمساقاة من الإجارة، ف قياسها عليها أولى

وقولهم: إنه يفضي إلى أن رب المال يفسخ بعد إدراك الثمرة. قلنا: إذا ظهرت الثمرة، فهي تظهر على ملكهما، فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره، كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح. فعلى هذا لا يفتقر إلى ضرب مدة، ولذلك لم يضرب النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا خلفاؤه - رضي الله عنهم -، لأهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم. ولأنه عقد جائز، فلم يفتقر إلى ضرب مدة كالمضاربة، وسائر العقود الجائزة. ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة، فهي بينهما على ما شرطاه، وعلى العامل تمام العمل، كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٩٦

لأنه رضي بإسقاط حقه، فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح، وعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام عمله

وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة، فعليه أجر المثل للعامل؛ لأنه منعه إتمام عمله الذي يستحق به العوض، فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة. وفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح؛ لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالبا، فلولا الفسخ لظهرت الثمرة، فملك نصيبه منها، وقد قطع ذلك بفسخه، فأشبه فسخ الجعالة، بخلاف المضاربة، فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح، ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر، كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها، والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلا. فأما إن قلنا: إنه عقد لازم. فلا يصح إلا على مدة معلومة. وبهذا قال الشافعي

وقال أبو ثور: تصح من غير ذكر مدة، ويقع على سنة واحدة. وأجازه بعض أهل الكوفة استحسانا؛ لأنه لما شرط له جزءا من الثمرة، كان ذلك دليلا على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها. ولنا أنه عقد لازم، فوجب تقديره بمدة، كالإجارة، ولأن المساقاة أشبه بالإجارة، لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها، ولأنها إذا وقعت مطلقة، لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها؛ لأنه يفضي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته، فيصير كالمالك، ولا يمكن تقديره بالسنة؛ لأنه تحكم، وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة." (١)

"الثاني أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه، وما ذكرناه دلت عليه بعض الروايات، وفسره الراوي له بما ذكرناه، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث، والجمع بينهما بحمل بعضها على ما فسره رواية به أولى من التحكم بما لا دليل عليه.

الثالث أن قولهم يفضي إلى تقييد كل واحد من الحديثين، وما ذكرناه حمل لأحدهما وحده.

الرابع أن فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين، وأهليهم، وفقهاء الصحابة، وهم أعلم بحديث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وسنته ومعانيها، وهو أولى من قول من خالفهم. الخامس، أن ما ذهبنا إليه مجمع عليه، فإن أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة، وعن الخلفاء الأربعة وأهليهم، وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك، وهذا مما لا يجوز خفاؤه، ولم ينكره من الصحابة منكر، فكان إجماعا

وما روي في مخالفته، فقد بينا فساده، فيكون هذا إجماعا من الصحابة – رضي الله عنهم –، لا يسوغ لأحد خلافه. وال قياس يقتضيه، فإن الأرض عين تنمى بالعمل فيها، فجازت المعاملة عليها ببعض

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٠٠

نمائها، كالأثمان في المضاربة، والنخل في المساقاة، أو نقول: أرض، فجازت المزارعة عليها، كالأرض بين النخيل. ولأن الحاجة داعية إلى المزارعة؛ لأن أصحاب الأرض قد لا يقدرون على زرعها، والعمل عليها، والأكرة يحتاجون إلى الزرع. ولا أرض لهم، فاقتضت حكمة الشرع جواز المزارعة، كما قلنا في المضاربة والمساقاة

بل الحاجة ها هنا آكد؛ لأن الحاجة إلى الزرع آكد منها إلى غيره، لكونه مقتاتا، ولكون الأرض لا ينتفع بها إلا بالعمل عليها، بخلاف المال، ويدل على ذلك قول راوي حديثهم: نهانا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن أمر كان لنا نافعا. والشارع لا ينهى عن المنافع، وإنما ينهى عن المضار والمفاسد، فيدل ذلك على غلط الراوي في النهي عنه، وحصول المنفعة فيما ظنه منهيا عنه. إذا ثبت هذا، فإن حكم المزارعة حكم المساقاة، في أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع، وفي جوازها، ولزومها، وما يلزم العامل ورب الأرض، وغير ذلك من أحكامها.

[فصل كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض التي بين الشجر]

(٤١٣٩) فصل: وإذا كان في الأرض شجر، وبينه بياض أرض، فساقاه على الشجر، وزارعه الأرض التي بين الشجر جاز، سواء قل بياض الأرض أو كثر، نص عليه أحمد، وقال: قد دفع النبي – صلى الله عليه وسلم – خيبر على هذا. وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة. فإذا قال: ساقيتك على الشجر، وزارعتك على الأرض بالنصف. جاز. وإن قال: عاملتك على الأرض والشجر على النصف، جاز؛ لأن." (١)

"أحمد، في رواية جماعة. واختاره عامة الأصحاب. وهو مذهب ابن سيرين والشافعي، وإسحاق؛ لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما، كالمساقاة والمضاربة

وقد روي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهنا، في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر، يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر، على أن له النصف، ولهم النصف: فلا بأس بذلك، وقد دفع النبي – صلى الله عليه وسلم – خيبر على هذا. فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيهما أخرج البذر، جاز وروي ذلك عن عمر بن الخطاب، – رضي

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣١٢

الله عنه -

وهو قول أبي يوسف، وطائفة من أهل الحديث، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى. وروي عن سعد، وابن مسعود، وابن عمر، أن البذر من العامل. ولعلهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل، فيكون كقول عمر، ولا يكون قولا ثالثا. والدليل على صحة ما ذكرنا، قول ابن عمر: «دفع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها، على أن يعملوها من أموالهم، ولرسول الله - صلى الله عليه وسلم - شطر ثمرها» . وفي لفظ «على أن يعملوها، ويزرعوها، ولهم شطر ما يخرج منها.» أخرجهما البخاري.

فجعل عملها من أموالهم، وزرعها عليهم، ولم يذكر شيئا آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر. والأصل المعول عليه في المزارعة قصة خيبر، ولم يذكر النبي - صلى الله عليه وسلم - أن البذر على المسلمين، ولو كان شرطا لما أخل بذكره، ولو فعله النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه لنقل، ولم يجز الإخلال بنقله.

ولأن عمر - رضي الله عنه - فعل الأمرين جميعا، فإن البخاري روى عنه، أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده، فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا، فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر، فكان إجماعا

فإن قيل: فهذا بمنزلة بيعتين في بيعة، فكيف يفعله عمر - رضي الله عنه -؟ قلنا: يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أي العقدين شاءوا، فمن اختار عقدا عقده معه معينا، كما لو قال في البيع: إن شئت بعتكه بعشرة صحاح، وإن شئت بأحد عشر مكسورة. فاختار أحدهما فعقد البيع معه عليه معينا. ويجوز أن يكون مجيئه بالبذر، أو شروعه في العمل بغير بذر، مع إقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد، ولهذا روي عن أحمد صحة الإجارة فيما إذا قال: إن خطته روميا فلك درهم، وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم. وما ذكره أصحابنا من ال قياس يخالف ظاهر النص والإجماع اللذين ذكرناهما، فكيف يعمل به؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما.." (١)

"قال: إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها، أما بالذهب والفضة فلا بأس» . متفق عليه، وعن سعد قال: «كنا نكري الأرض بما على السواقي وما صعد بالماء منها، فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك، وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة» ، رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها، فجازت إجارتها بالأثمان ونحوها، كالدور

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣١٤

والحكم في العروض كالحكم في الأثمان. وأما حديثهم، فقد فسره الراوي بما ذكرناه عنه، فلا يجوز الاحتجاج به على غيره. وحديثنا مفسر لحديثهم، فإن راويهما واحد، وقد رواه عاما وخاصا، فيحمل العام على الخاص، مع موافقة الخاص لسائر الأحاديث وال قياس وقول أكثر أهل العلم.

فأما إجارتها بطعام، فتنقسم ثلاثة أقسام أحدها، أن يؤجرها بمطعوم غير الخارج منها معلوم، فيجوز. نص عليه أحمد، في رواية الحسن بن ثواب. وهو قول أكثر أهل العلم؛ منهم سعيد بن جبير، وعكرمة، والنخعي، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ومنع منه مالك، حتى منع إجارتها باللبن والعسل

وقد روي عن أحمد، أنه قال: ربما تهيبته. قال القاضي: هذا من أحمد على سبيل الورع، ومذهبه الجواز. والحجة لمالك، ما روى رافع بن خديج، عن بعض عمومته قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – : «من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه. وروى ظهير بن رافع قال: «دعاني رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربع، أو على الأوسق من التمر أو الشعير. قال: لا تفعلوا ازرعوها أو أمسكوها» . متفق عليه. وروى أبو سعيد قال: «نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن المحاقلة»

والمحاقلة: استكراء الأرض بالحنطة. ولنا قول رافع: فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به.

ولأنه عوض معلوم مضمون، لا يتخذ وسيلة إلى الربا، فجازت إجارتها به، كالأثمان. وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة، على أنه يحتمل النهي عن إجارتها بذلك إذا كان خارجا منها، ويحتمل النهي عنه إذا آجرها بالربع والأوسق. وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة، إذا اكتراها لزرع الحنطة.

القسم الثاني، إجارتها بطعام معلوم، من جنس ما يزرع فيها، كإجارتها بقفزان حنطة لزرعها، فقال أبو الخطاب: فيها روايتان إحداهما المنع. وهي التي ذكرها القاضي مذهبا، وهي قول مالك؛ لما تقدم من الأحاديث، ولأنها." (١)

"ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها، لأنه يجعل مكان قوله زارعتك، آجرتك، فتصير مزارعة بلفظ الإجارة، والذرائع معتبرة. والثانية جواز ذلك. اختارها أبو الخطاب. وهو قول أبي حنيفة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣١٩

والشافعي؛ لما ذكرنا في القسم الأول، ولأن ما جازت إجارته بغير المطعوم، جازت به، كالدور.

القسم الثالث، إجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها، كنصف، وثلث، وربع، فالمنصوص عن أحمد جوازه. وهو قول أكثر الأصحاب، واختار أبو الخطاب أنها لا تصح. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي. وهو الصحيح إن شاء الله؛ لما تقدم من الأحاديث في النهي، من غير معارض لها، ولأنها إجارة بعوض مجهول، فلم تصح كإجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى، ولأنها إجارة لعين ببعض نمائها، فلم تجز، كسائر الأعيان، ولأنه لا نص في جوازها
ولا يمكن قياسها على المنصوص، فإن النصوص إنما وردت بالنهي عن إجارتها بذلك، ولا نعلم في تجويزها نصا، والمنصوص على جوازه إجارتها بذهب، أو فضة، أو شيء مضمون معلوم وليست هذه كذلك. فأما نص أحمد في الجواز، فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الإجارة، فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها، ولزومها، وفيما يلزم العامل ورب الأرض، وسائر أحكامها. والله أعلم.." (١)
"الجميع؛ لأن الله تعالى قال في ليلة القدر: ﴿سلام هي حتى مطلع الفجر﴾ [القدر: ٥] . وقال تعالى: ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم﴾ [البقرة: ١٨٧] ثم قال: ﴿فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧] .

[فصل اكترى فسطاطا إلى مكة ولم يقل متى أخرج]
(٤١٦٠) فصل: وإن اكترى فسطاطا إلى مكة، ولم يقل متى أخرج، فالكراء فاسد. وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي. وقال أصحاب الرأي: يجوز استحسانا، بخلاف القياس. ولنا أنها مدة غير معلومة الابتداء، فلم يجز، كما لو قال: أجرتك داري من حين يخرج الحاج إلى آخر السنة. وقد اعترفوا بمخالفته للدليل، وما ادعوه دليلا لا نسلم كونه دليلا.

[فصل يشترط في عوض الإجارة كونه معلوما]
(٤١٦١) فصل: الحكم الثالث أنه يشترط في عوض الإجارة كونه معلوما. لا نعلم في ذلك خلافا؛ وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلوما، كالثمن في البيع، وقد روي عن النبي - صلى الله

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٢٠

عليه وسلم – أنه قال: «من استأجر أجيرا، فليعلمه أجره» . ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء. فإن كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر، كالصبرة، احتمل وجهين، أشبههما الجواز؛ لأنه عوض معلوم يجوز به البيع، فجازت به الإجارة، كما لو علم قدره

والثاني: لا يجوز؛ لأنه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة، فلا يدري بكم يرجع، فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه. والأول أولى. وظاهر كلام الخرقي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط، ثم الفرق بينهما أن المنفعة ها هنا أجريت مجرى الأعيان؛ لأنها متعلقة بعين حاضرة، والسلم يتعلق بمعدوم، فافترقا، وللشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل.

[فصل كل ما جاز ثمنا في البيع جاز عوضا في الإجارة]

(٤١٦٢) فصل: وكل ما جاز ثمنا في البيع، جاز عوضا في الإجارة؛ لأنه عقد معاوضة أشبه البيع. فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى، سواء كان الجنس واحدا، كمنفعة دار بمنفعة أخرى، أو مختلفا، كمنفعة دار بمنفعة عبد، قال أحمد: لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم. وبهذا كله قال الشافعي،." (١)

"قال الله تعالى إخبارا عن شعيب أنه قال: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص: ٢٧] فجعل النكاح عوض الإجارة

وقال أبو حنيفة؛ فيما حكي عنه: لا تجوز إجارة دار بسكنى أخرى، ولا يجوز أن يختلف جنس المنفعة، كسكنى دار بمنفعة بهيمة؛ لأن الجنس الواحد عنده يحرم النساء. وكره الثوري الإجارة بطعام موصوف. والصحيح جوازه، وهو قول إسحاق، وأصحاب الرأي، و قياس قول الشافعي؛ لأنه عوض يجوز في البيع، فجاز في الإجارة، كالذهب والفضة. وما قاله أبو حنيفة لا يصح؛ لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين؛ لأنه يكون بيع دين بدين.

[فصل استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة بجلدها]

(٤١٦٣) فصل: ولو استأجر رجلا ليسلخ له بهيمة بجلدها، لم يجز؛ لأنه لا يعلم هل يخرج الجلد سليما أو لا، وهل هو ثخين أو رقيق، ولأنه لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع، فلا يجوز أن يكون عوضا في

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٢٧

الإجارة، كسائر المجهولات. فإن سلخه بذلك، فله أجر مثله. وإن استأجره لطرح ميتة بجلدها، فهو أبلغ في الفساد؛ لأن جلد الميتة نجس لا يجوز بيعه، وقد خرج بموته عن كونه ملكا. وإن فعل، فله أجر مثله أيضا.

[فصل استأجر راعيا لغنم بثلث درهما ونسلها وصوفها وشعرها]

(٤١٦٤) فصل: ولو استأجر راعيا لغنم بثلث درها ونسلها وصوفها وشعرها، أو نصفه، أو جميعه، لم يجز. نص عليه أحمد، في رواية جعفر بن محمد النسائي؛ لأن الأجر غير معلوم، ولا يصلح عوضا في البيع. وقال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن الرجل يدفع البقرة إلى الرجل، على أن يعلفها ويتحفظها، وما ولدت من ولد بينهما. فقال: أكره ذلك

وبه قال أبو أيوب، وأبو خيثمة. ولا أعلم فيه مخالفا؛ وذلك لأن العوض مجهول معدوم، ولا يدرى أيوجد أم لا، والأصل عدمه، ولا يصح أن يكون ثمنا. فإن قيل: فقد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بنصف ربحها. قلنا: إنما جاز ثم تشبيها بالمضاربة؛ لأنها عين تنمى بالعمل، فجاز اشتراط جزء من النماء، والمساقاة كالمضاربة، وفي مسألتنا لا يمكن ذلك؛ لأن النماء الحاصل في الغنم لا يقف حصوله على عمله فيها، فلم يمكن إلحاقه بذلك

وإن استأجره على رعايتها مدة معلومة، بنصفها، أو جزء معلوم منها، صح؛ لأن العمل والأجر والمدة معلوم، فصح، كما لو جعل الأجر دراهم، ويكون النماء الحاصل بينهما بحكم الملك، لأنه ملك الجزء المجعول له منها في الحال، فيكون له نماؤه، كما لو اشتراه.

[فصل الإجارة إذا تمت وكانت على مدة]

(٤١٦٥) فصل: الحكم الرابع أن الإجارة إذا تمت، وكانت على مدة، ملك المستأجر المنافع المعقود عليها إلى المدة، ويكون حدوثها على ملكه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: تحدث على ملك المؤجر، ولا يملكها." (١)

"فعلى هذا، لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد، لم يجب على المستأجر شيء، وإن فضلت منه فضلة، لزم المالك أداؤها إلى المستأجر، والأول أولى، وهو ظاهر مذهب الشافعي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٨/٥

وإن تصرف المالك قبل تسليم العين، أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الإجارة، انفسخت الإجارة، وجها واحدا؛ لأن العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه، فانفسخ العقد، كما لو باعه طعاما فأتلفه قبل تسليمه. وإن سلمها إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى، ويجب أجر الباقي بالحصة، كالمبيع إذا سلم بعضه وأتلف بعضا.

[مسألة إن حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له أجر لما سكن]

(٤١٧٦) مسألة قال: (فإن حوله المالك قبل تقضي المدة، لم يكن له أجر لما سكن) يعني إذا استأجر عقارا مدة، فسكنه بعض المدة، ثم أخرجه المالك، ومنعه تمام السكنى، فلا شيء له من الأجرة. وقال أكثر الفقهاء: له أجر ما سكن؛ لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة، فلزمه عوضه كالمبيع إذا استوفى بعضه، ومنعه المالك بقيته، كما لو تعذر استيفاء الباقي لأمر غالب. ولنا أنه لم يسلم إليه ما عقد الإجارة عليه، فلم يستحق شيئا، كما لو استأجره ليحمل له كتابا إلى موضع، فحمله بعض الطريق، أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعا
فحفر له عشرا، وامتنع من حفر الباقي. و قياس الإجارة على الإجارة أولى من قياسها على البيع. ويفارق ما إذا امتنع لأمر غالب؛ لأن له عذرا.

والحكم في من اكترى دابة، فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة، أو أجر نفسه أو عبده للخدمة مدة، وامتنع من إتمامها، أو أجر نفسه لبناء حائط، أو خياطة، أو حفر بئر، أو حمل شيء إلى مكان، وامتنع من إتمام العمل، كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه، وأنه لا يستحق شيئا؛ لما ذكرنا.

[فصل هرب الأجير أو شردت الدابة]

(٤١٧٧) فصل: إذا هرب الأجير، أو شردت الدابة، أو أخذ المؤجر العين وهرب بها، أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب، لم تنفسخ الإجارة، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ فإن فسخ، فلا كلام، وإن لم يفسخ، انفسخت الإجارة بمضي المدة يوما فيوما. فإن عادت العين في أثناء المدة، استوفى ما بقي منها. فإن انقضت المدة، انفسخت الإجارة؛ لفوات المعقود عليه. وإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة، كخياطة ثوب، أو بناء حائط، أو حمل إلى موضع معين، استؤجر من ماله من يعمله، كما لو أسلم

إليه في شيء فهرب، ابتيع من ماله

فإن لم يمكن، ثبت للمستأجر الفسخ. فإن فسخ،." (١)

"أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته. فإن عجز عن إبدالها، أو امتنع منه، ولم يمكن إجباره عليه، فللمكتري الفسخ أيضا.

[فصل على المكري ما يتمكن به من الانتفاع]

(٤١٨٤) فصل: وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار والحمام؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع، وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع، فوجب عليه. فإن ضاعت بغير تفريط من المكتري، فعلى المكري بدلها؛ لأنها أمانة في يد المكتري، فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها. وعليه بناء حائط إن سقط، وإبدال خشبه إن انكسر. وعليه تبليط الحمام، وعمل الأبواب والبزل ومجرى الماء؛ لأنه بذلك يتمكن من الانتفاع، وما كان لاستيفاء المنافع، كالحبل والدلو والبكرة، فعلى المكتري

وأما التحسين والتزويق، فلا يلزم واحدا منهما؛ لأن الانتفاع ممكن بدونه. وأما تنقية البالوعة والكنف، فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء، فعلى المكري؛ لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع، وإن امتلأت بفعل المكتري فعليه تفريغها. وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور: هو على رب الدار؛ لأن به يتمكن من الانتفاع، فأشبه ما لو اكترى وهي ملأى. وقال أبو حنيفة: القياس أنه على المكتري، والاستحسان أنه على رب الدار؛ لأن عادة الناس ذلك. ولنا أن ذلك حصل بفعل المكتري، فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشا. والقول في تفريغ جية الحمام التي هي مصرف مائه، كالقول في بالوعة الدار

وإن انقضت الإجارة، وفي الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن، فعليه نقله. وهذا قول الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي.

[فصل شرط على مكتري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه]

(٤١٨٥) فصل: وإن شرط على مكتري الحمام، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها، ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولا. فإن أطلق، وتعطل، فهو عيب حادث، والمكتري بالخيار

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٣٥

بين الإمساك بكل الأجر وبين الفسخ. ويتخرج أن له أرش العيب، قياسا على المبيع المعيب. وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الإجارة، فعليه الأجر كله؛ لأنه استوفى المعقود عليه، فأشبه ما لو علم العيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له أرش العيب، كما لو اشترى معيبا، فلم يعلم عيبه حتى أكله، أو تلف في يده.

[فصل شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري]

(٤١٨٦) فصل: وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري، كعمارة الحمام، إذا شرطها على المكتري، فالشرط فاسد؛ لأن العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه. وإذا أنفق بناء على هذا، احتسب به على المكري؛." (١)

"تقدير مدته، فإنه إنما يعقد للأبد. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا بلغ الصبي، فله الخيار؛ لأنه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه، فإذا ملك، ثبت له الخيار، كالأمة إذا أعتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم، عقد عليه قبل أن يملك التصرف، فإذا ملكه لم يثبت له الخيار، كالأب إذا زوج ولده. وما قاسوا عليه إنما يثبت لها الخيار إذا عتقت تحت عبد، لأجل العيب، لا لما ذكره، ولهذا لو عتقت تحت حر، لم يثبت لها الخيار. وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله، أو عزل، وانتقلت الولاية إلى غيره، لم يبطل عقده؛ لأنه تصرف، وهو من أهل التصرف، في محل ولايته، فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله، كما لو مات ناظر الوقف أو عزل، أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه. ويفارق ما لو أجر الموقوف عليه الوقف مدة، ثم مات في أثنائها

لأنه أجر ملك غيره بغير إذنه، في مدة لا ولاية له فيها، وها هنا إنما يثبت للولي الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول، وهذا العقد قد تصرف فيه الأول، فلم تثبت للثاني ولاية على ما تناوله.

[فصل أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها]

(٤٢٠٤) فصل: وإن أجر عبده مدة، ثم أعتقه في أثنائها، صح العتق، ولم يبطل عقد الإجارة، في قياس المذهب، ولا يرجع العبد على مولاه بشيء. وهذا جديد قولي الشافعي. وقال في القديم: يرجع على مولاه

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٤٠

بأجر المثل؛ لأن المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد، فرجع به عليه، كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل

ولنا أنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق، فلم يرجع ببدلها. كما لو زوج أمته، ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها، فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه. ويخالف المكره؛ فإنه تعدى بذلك، وقال أبو حنيفة: للعبد الخيار في الفسخ أو الإمضاء، كالصبي إذا بلغ، للمعنى الذي ذكره ثم. ولنا، أنه عقد لازم عقده على ما يملكه، فلا ينفسخ بالعتق، ولا يزول ملكه عنه، كما لو زوج أمته ثم باعها. إذا ثبت هذا فإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر، فهي عليه كما كانت، وإن لم تكن مشروطة عليه، فهي على معتقه؛ لأنه كالباقي على ملكه، بدليل أنه يملك عوض نفعه

ولأن العبد لا يقدر على نفقة نفسه؛ لأنه مشغول بالإجارة، ولا على المستأجر؛ لأنه استحق منفعته بعوض غير نفقته، لم يبق إلا أنها على المولى.." (١)

"[فصل ورث المستأجر العين المستأجرة]

(٤٢٠٧) فصل: وإن ورث المستأجر العين المستأجرة، فالحكم فيه كما لو اشتراها، في بطلان الإجارة أو بقائها، إلا أنه لا فرق في الحكم بين فسخ الإجارة وبقائها، فلو استأجر إنسان من أبيه دارا، ثم مات أبوه، وخلف ابنين، أحدهما هو المستأجر، فإن الدار تكون بينهما نصفين، والمستأجر أحق بها؛ لأن النصف الذي لأخيه الإجارة باقية فيه، والنصف الذي ورثه يستحقه، إما بحكم الملك، وإما بحكم الإجارة، وما عليه من الأجر بينهما نصفين

وإن كان أبوه قد قبض الأجر لم يرجع بشيء منه على أخيه ولا تركة أبيه، ويكون ما خلفه أبوه بينهما نصفين؛ لأنه لو رجع بشيء أفضى إلى أن يكون قد ورث النصف بمنفعته، وورث أخوه نصفا مسلوب المنفعة، والله سبحانه قد سوى بينهما في الميراث. ولأنه لو رجع بنصف أجر النصف الذي انتقضت الإجارة فيه، لوجب أن يرجع أخوه بنصف المنفعة التي انتقضت الإجارة فيها إذ لا يمكن أن يجمع له بين المنفعة وأخذ عوضها من غيره.

[فصل اشترى المستأجر العين ثم وجدها معيبة فردها]

(٤٢٠٨) فصل: وإن اشترى المستأجر العين، ثم وجدها معيبة، فردها، فإن قلنا: لا تنفسخ الإجارة بالبيع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٤٩

فهي باقية بعد رد العين كما كانت قبل البيع. وإن قلنا: قد انفسخت. فالحكم فيها كما لو انفسخت بتلف العين. وإن كان المشتري أجنبيا، فرد المستأجر الإجارة لعيب، فينبغي أن تعود المنفعة إلى البائع؛ لأنه يستحق عوضها على المستأجر، فإذا سقط العوض، عاد إليه المعوض

ولأن المشتري ملك العين مسلوبة المنفعة، مدة الإجارة، فلا يرجع إليه، ما لم يملكه. وقال بعض أصحاب الشافعي: يرجع إلى المشتري؛ لأن المنفعة تابعة للرقبة، وإنما استحقت بعقد الإجارة، فإذا زالت عادت إليه، كما لو اشترى أمة مزوجة، فطلقها الزوج. ولا يصح هذا ال قياس؛ فإن منفعة البضع قد استقر عوضها للبائع بمجرد دخول الزوج بها، ولا ينقسم العوض على المدة، ولهذا لا يرجع الزوج بشيء من الصداق فيما إذا انفسخ النكاح

أو وقع الطلاق، بخلاف الأجر في الإجارة؛ فإن المؤجر يستحق الأجر في مقابلة المنفعة مقسوما على مدتها، فإذا كان له عوض المنفعة المستقبلة، فزال بالفسخ، رجع إليه معوضها، وهو المنفعة. ولأن منفعة البضع لا يجوز أن تملك بغير ملك الرقبة أو النكاح، فلو رجعت إلى البائع، لملكت بغيرهما. ولأنها مما لا يجوز للزوج نقلها إلى غيره، ولا المعاوضة عنها، ومنفعة البدن بخلافها.." (١)

"[فصل شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله ولا بمن هو دونه]

فصل: فإن شرط أن لا يستوفي في المنفعة بمثله، ولا بمن هو دونه، ف قياس قول أصحابنا صحة العقد، وبطلان الشرط، فإن القاضي قال فيمن شرط أن يزرع في الأرض حنطة، ولا يزرع غيرها: يبطل الشرط، ويصح العقد. ويحتمل أن يصح الشرط. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر، فلا يملك ما لم يرض به، ولأنه قد يكون له غرض في تخصيصه باستيفاء هذه المنفعة، وقالوا في الوجه الآخر: يبطل الشرط

لأنه ينافي موجب العقد، إذ موجبه ملك المنفعة، والتسلط على استيفائها بنفسه وبنائبه، واستيفاء بعضها بنفسه، وبعضها بنائبه، والشرط ينافي ذلك، فكان باطلا. وهل يبطل به العقد؟ فيه وجهان أصحهما، لا يبطله، لأنه لا يؤثر في حق المؤجر نفعا ولا ضرا، فألغي، وبقي العقد على مقتضاه. والآخر يبطله؛ لأنه ينافي مقتضاه، فأشبه ما لو شرط أن لا يستوفي المنافع.

[فصل للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٥١

(٤٢١٤) فصل: ويجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها. نص عليه أحمد. وهو قول سعيد بن المسيب، وابن سيرين، ومجاهد، وعكرمة، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، والنخعي، والشعبي، والثوري، والشافعي وأصحاب الرأي. وذكر القاضي فيه رواية أخرى، أنه لا يجوز؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن ربح ما لم يضمن

والمنافع لم تدخل في ضمانه. ولأنه عقد على ما لم يدخل في ضمانه، فلم يجز، كبيع المكيل والموزون قبل قبضه. والأول أصح؛ لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع، بدليل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليها، كبيع الثمرة على الشجرة. ويبطل قياس الرواية الأخرى لهذا الأصل. إذا ثبت هذا فإنه لا تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقامه، أو دونه في الضرر؛ لما تقدم. فأما إجارتها قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر، في أحد الوجه ين

وهذا قول أبي حنيفة، والمشهور من قولي الشافعي؛ لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة، فاعتبر في جواز العقد عليها القبض، كالأعيان. والآخر، يجوز، وهو قول بعض الشافعية؛ لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه، فلم يقف جواز التصرف عليه. فأما إجارتها قبل القبض من المؤجر، فإذا قلنا: لا يجوز من غير المؤجر كان فيها هاهنا وجهان أحدهما لا يجوز؛ لأنه عقد عليها قبل قبضها." (١)

"والثاني يجوز؛ لأن القبض لا يتعذر عليه، بخلاف الأجنبي. وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه، رواية واحدة وهل يصح من بائعه؟ على روايتين. فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر، فجائزة. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام، لأن التسليم مستحق على الكراء، فإذا اكتراها صار مستحقا له، فيصير مستحقا لما يستحق عليه، وهذا تناقض. ولنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد، كالبيع، وما ذكروه لا يصح؛ لأن التسليم قد حصل، وهذا المستحق له تسليم آخر

ثم يبطل بالبيع، فإنه يستحق عليه تسليم العين، فإذا اشتراها استحق تسليمها. فإن قيل: التسليم هاهنا مستحق في جميع المدة، بخلاف البيع. قلنا المستحق تسليم العين، وقد حصل وليس عليه تسليم آخر، غير أن العين من ضمان المؤجر، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار أو غصبها، رجع عليه؛ لأنها تعذرت بسبب كان في ضمانه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٥٤

[فصل للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة]

(٤٢١٥) فصل: ويجوز للمستأجر إجارة العين، بمثل الأجر وزيادة. نص عليه أحمد. وروي ذلك عن عطاء، والحسن، والزهري. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. وعن أحمد، أنه إن أحدث في العين زيادة، جاز له أن يكريها بزيادة، وإلا لم تجز الزيادة، فإن فعل، تصدق بالزيادة

روى هذا الشعبي. وبه قال الثوري، وأبو حنيفة؛ لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ربح ما لم يضمن، ولأنه يربح فيما لم يضمن فلم يجز، كما لو ربح في الطعام قبل قبضه. ويخالف ما إذا عمل عملا فيها؛ لأن الربح في مقابلة العمل. وعن أحمد، رواية ثالثة، إن أذن له المالك في الزيادة جاز، وإلا لم يجز. وكره ابن المسيب، وأبو سلمة، وابن سيرين، ومجاهد، وعكرمة، والشعبي، والنخعي، الزيادة مطلقا؛ لدخولها في ربح ما لم يضمن

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال، فجاز بزيادة، كبيع المبيع بعد قبضه، وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجر، وأما الخبر، فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه، فإنها لو فاتت من غير استيفائه، كانت من ضمانه. ولا يصح ال قياس على بيع الطعام قبل قبضه؛ فإن البيع ممنوع منه بالكلية، سواء ربح أو لم يربح، وها هنا جائز في الجملة، وتعليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها، فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة.." (١)

"[فصل يتقبل العمل من الأعمال يقبله بأقل من ذلك أيجوز له الفضل]

(٤٢١٦) فصل: ونقل الأثرم عن أحمد أنه سأله عن الرجل يتقبل العمل من الأعمال، فيقبله بأقل من ذلك، أيجوز له الفضل؟ قال: ما أدري، هي مسألة فيها بعض الشيء. قلت: أليس كان الخياط أسهل عندك، إذا قطع الثوب، أو غيره إذا عمل في العمل شيئا؟ قال: إذا عمل عملا فهو أسهل. قال النخعي: لا بأس أن يتقبل الخياط الثياب بأجر معلوم، ثم يقبلها بعد ذلك بعد أن يعين فيها، أو يقطع، أو يعطيه سلوكا أو إبرا، أو يخيط فيها شيئا، فإن لم يعن فيها بشيء فلا يأخذن فضلا

وهذا يحتمل أن يكون النخعي قاله مبنيا على مذهبه، في أن من استأجر شيئا لا يؤجره بزيادة. و قياس المذهب جواز ذلك، سواء أعان فيها بشيء أو لم يعن؛ لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو دونه، جاز بزيادة عليه، كالبيع، وكإجارة العين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٥٥

[فصل كل عين استأجرها لمنفعة له أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر]

(٤٢١٧) فصل: وكل عين استأجرها لمنفعة، فله أن يستوفي مثل تلك المنفعة وما دونها في الضرر. وقال أحمد: إذا استأجر دابة، ليحمل عليها تمرا. فحمل عليها حنطة، أرجو أن لا يكون به بأس، إذا كان الوزن واحدا. فإن كانت المنفعة التي يستوفيها أكثر ضررا، أو مخالفة للمعقود عليها في الضرر، لم يجز؛ لأنه يستوفي أكثر من حقه، أو غير ما يستحقه، فإذا اكترى دابة، ليحمل عليها حديدا، لم يحمل عليها قطنا، لأنه يتجافى، وتهب فيه الريح، فيتعب الظهر

وإن اكتراها لحمل القطن، لم يجز أن يحمل الحديد؛ لأنه يجتمع في موضع واحد، فيثقل عليه، والقطن يتفرق، فيقل ضرره. وإن اكتراه ليركبه، لم يجز أن يحمل عليه؛ لأن الراكب يعين الظهر بحركته. وإن اكتراه ليحمل عليه، لم يجز أن يركبه؛ لأن الراكب يقعد في موضع واحد، فيشتد على الظهر، والمتاع يتفرق على جنبيه

وإن اكتراه ليركبه عريا، لم يجز أن يركبه بسرج؛ لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه. وإن اكتراه ليركبه بسرج، لم يجز أن يركبه عريا؛ لأنه إذا ركب عليه من غير سرج حمي ظهره، فربما عقره. وإن اكتراه ليركبه بسرج لم يجز أن يركبه بأكثر منه. فلو اكترى حمارا بسرج لم يجز أن يركبه بسرج البرذون، إذا كان أثقل من سرجه. وإن اكترى دابة بسرج، فركبها بإكاف أثقل منه، أو أضر، لم يجز، وإن كان أخف، وأقل ضررا، فلا بأس ومتى فعل ما ليس له فعله، كان ضامنا، وعليه الأجر. وهذا كله مذهب الشافعي، وأبي ثور.." [١]

"فالعقد باطل؛ لأن الانتفاع بها في الحال غير ممكن، ولا يزول المانع غالبا. وإن كان ينحسر عنها وقت الحاجة إلى الزراعة، كأرض مصر في وقت مد النيل، صح العقد؛ لأن المقصود متحقق بحكم العادة المستمرة. وإن كانت الزراعة فيها ممكنة، ويخاف غرقها، والعادة غرقها، لم يجز إجارتها؛ لأنها في حكم الغارقة بحكم العادة المستمرة.

[فصل غرق الزرع أو هلك بحريق أو جراد أو برد أو غيره]

(٤٢٢٨) فصل: ومتى غرق الزرع أو هلك، بحريق أو جراد أو برد، أو غيره، فلا ضمان على المؤجر، ولا خيار للمكتري. نص عليه أحمد. ولا نعلم فيه خلافا. وهو مذهب الشافعي؛ لأن التالف غير المعقود عليه، وإنما تلف مال المكتري فيه، فأشبه من اشترى دكانا فاحترق متاعه فيه. ثم إن أمكن المكتري الانتفاع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٦/٥

بالأرض بغير الزرع، أو بالزرع في بقية المدة، فله ذلك، وإن تعذر ذلك، فالأجر لازم له؛ لأن تعذره لفوات وقت الزراعة بسبب غير مضمون على المؤجر، لا لمعنى في العين

وإن تعذر الزرع بسبب غرق الأرض، أو انقطاع مائها، فللمستأجر الخيار؛ لأنه لمعنى في العين. وإن تلف الزرع بذلك، فليس على المؤجر ضمانه؛ لأنه لم يتلفه بمباشرة ولا بسبب. وإن قل الماء بحيث لا يكفي الزرع، فله الفسخ؛ لأنه عيب. فإن كان ذلك بعد الزرع، فله الفسخ أيضا، ويبقى الزرع في الأرض إلى أن يستحصد، وعليه من المسمى بحصته إلى حين الفسخ، وأجر المثل لما بقي من المدة لأرض لها مثل ذلك الماء

وكذلك إن انقطع الماء بالكلية، أو حدث بها عيب من غرق يهلك بعض الزرع، أو يسوء حاله به.

[فصل استأجر أرضا للزراعة مدة فانقضت وفيها زرع لم يبلغ حصاده]

(٤٢٢٩) فصل: وإذا استأجر أرضا للزراعة مدة، فانقضت، وفيها زرع لم يبلغ حصاده، لم يخل من حالين: أحدهما أن يكون لتفريط من المستأجر، مثل أن يزرع زرعا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة، فحكمه حكم زرع الغاصب، يخير المالك بعد المدة بين أخذه بالقيمة، أو تركه بالأجر لما زاد على المدة؛ لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه

وإن اختار المستأجر قطع زرعه في الحال، وتفريغ الأرض، فله ذلك؛ لأنه يزيل الضرر، ويسلم الأرض على الوجه الذي اقتضاه العقد. وذكر القاضي، أن على المستأجر نقل الزرع وتفريغ الأرض، وإن اتفقا على تركه بعوض أو غيره، جاز. وهذا مذهب الشافعي، بناء على قوله في الغاصب. و قياس مذهبنا ما ذكرناه.

الحال الثاني أن يكون بقاؤه بغير تفريط، مثل أن يزرع زرعا ينتهي في المدة عادة، فأبطأ لبرد." [١]

"وأبو ثور، وابن المنذر؛ لأن ذلك يختلف اختلافا كثيرا متباينا، فيكون مجهولا، والأجر من شرطه أن يكون معلوما. ولنا: ما روى ابن ماجه، عن عتبة بن الندر، قال: «كنا عند رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقرأ طس حتى بلغ قصة موسى، قال: إن موسى آجر نفسه ثماني سنين أو عشرا، على عفة فرجه، وطعام بطنه» . وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يثبت نسخه

وعن أبي هريرة – رضي الله عنه – أنه قال: كنت أجيرا لابنة غزوان بطعام بطني، وعقبة رجلي، أحطب لهم إذا نزلوا، وأحدو بهم إذا ركبوا. ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه، فلم يظهر له نكير، فكان إجماعا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٦١

ولأنه قد ثبت في الظئر بالآية، فيثبت في غيرها بال قياس عليها، ولأنه عوض منفعة، فقام العرف فيه مقام التسمية، كنفقة الزوجة، ولأن للكسوة عرفا، وهي كسوة الزوجات، وللإطعام عرف، وهو الإطعام في الكفارات، فجاز إطلاقه، كنقد البلد. ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضا في الرضاع جاز في الخدمة كالأثمان

إذا ثبت هذا، فإنهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة، رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله. قال أحمد: إذا تشاحا في الطعام، يحكم له بمد كل يوم. ذهب إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام المساكين، ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين. ولأن الإطعام مطلق في الموضعين، فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر. وليس له إطعام الأجير إلا ما يوافقه من الأغذية؛ لأن عليه ضررا، ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه.

[فصل شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة]

(٤٢٣٣) فصل: وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة، كما يوصف في السلم، جاز ذلك عند الجميع. وإن لم يشترط طعاما ولا كسوة، فنفقته وكسوته على نفسه. وكذلك الظئر. قال ابن المنذر: لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت. وإن شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفا، جاز؛ لأنه معلوم أشبه ما لو شرط دراهم معلومة، ويكون ذلك للأجير، إن شاء أطعمه، وإن شاء تركه. وإن لم يكن موصوفا، لم يجز؛ لأن ذلك مجهول، احتمل فيما إذا شرطه للأجير للحاجة إليه، وجرت العادة به، فلا يلزمه احتمالها." (١)

"كقتل العمد. ومن نصر أبا بكر، قال: هذا متعد بالزرع كله، فكان عليه أجر المثل، كالغاصب، ولهذا يملك رب الأرض منعه من زرعه، ويملك أخذه بنفقته إذا زرعه. ويفارق من زاد على حقه زيادة متميزة، فإنه غير متعد بالجميع، إنما تعدى بالزيادة وحدها، ولهذا لا يملك المكري منعه من الجميع

ونظير هاتين المسألتين، من اكترى غرفة ليجعل فيها أقفزة حنطة، فترك فيها أكثر منها، ومن اكتراها ليجعل فيها قنطارا من القطن، فجعل فيها قنطارا من حديد، ففي الأولى، له المسمى وأجر الزيادة، وفي الثانية يخرج فيها من الخلاف مثل ما قلنا في مسألة الزرع.

وحكم المستأجر الذي يزرع أضر مما اكترى له حكم الغاصب، لرب الأرض منعه في الابتداء، لما يلحقه من الضرر، فإن زرع فرب الأرض مخير بين ترك الزرع بالأجر، وبين أخذه ودفع النفقة، وإن لم يعلم حتى

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٦٥

أخذ المستأجر زرعه، فله الأجرة لا غير، على ما ذكرنا في باب الغصب.

[فصل اكترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها]

(٤٢٥٢) فصل: وإن اكترى دابة إلى مسافة، فسلك أشق منها، فهي مثل مسألة الزرع، يخرج فيها وجهان، قياس المنصوص عن أحمد، أن له الأجر المسمى وزيادة، لكون المسافة لا تتعين على قول أصحابنا، و قياس قول أبي بكر، أن له أجر المثل؛ لأن الزيادة غير متميزة، ولأنه متعد بالجميع، بدليل أن لرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق كلها، بخلاف من سلك تلك الطريق وجاوز، فإنه إنما يمنعه الزيادة لا غير.
وإن اكترى لحمل قطن فحمل بوزنه حديدا، أو لحمل حديد فحمل قطنا، فالصحيح أن عليه أجر المثل هاهنا؛ لأن ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر، فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الإجارة وزيادة عليه، بخلاف ما قبلها من المسائل. وسائر مسائل العدوان في الإجارة يقاس على ما ذكرنا من المسائل ما كان متميزا، وما لم يكن متميزا فتلحق كل مسألة بنظيرتها.

[فصل أكراه لحمل قفيزين فحملهما فوجدهما ثلاثة]

(٤٢٥٣) فصل: إذا أكراه لحمل قفيزين، فحملهما، فوجدهما ثلاثة، فإن كان المكتري تولى الكيل ولم يعلم المكري بذلك، فحكمه حكم من اكترى لحمولة شيء فزاد عليه، وإن كان المكري تولى كيله وتعبئته ولم يعلم المكتري، فهو غاصب لا أجر له في حمل الزائد. وإن تلفت دابته، فلا ضمان لها؛ لأنها تلفت بعدوان صاحبها، وحكمه في ضمان الطعام، حكم من غصب طعام غيره
وإن تولى ذلك أجنبي، ولم يعلم المكري والمكتري، فهو متعد عليهما، يلزمه لصاحب الدابة الأجر، ويتعلق به الضمان، ويلزمه لصاحب الطعام ضمان طعامه، وسواء كاله أحدهما ووضعه الآخر على ظهر الدابة، أو كان الذي كاله وعبأه وضعه على ظهرها.." (١)

"- صلى الله عليه وسلم - ولأن كل يوم معلوم مدته وأجرته، فصح، كما لو قال: أجرتكها شهرا، كل يوم بدرهم. أو قال: استأجرتك لنقل هذه الصبرة، كل قفيز بدرهم
ولا بد من تعيين ما يستأجر له، إما لركوب، أو حمل معلوم. ويستحق الأجر المسمى لكل يوم، سواء كانت مقيمة أو سائرة؛ لأن المنافع ذهبت في مدته، فأشبه ما لو اكترى دارا، فأغلقها ولم يسكنها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٧٤

وإن أجر نفسه لسقي نخل، كل دلو بتمرة، أو بفلس، أو أجر معلوم، جاز؛ للأثر الوارد فيه. ولأن كل عمل معلوم له عوض معلوم، فجاز، كما لو سمى دلاء معروفة
ولا بد من معرفة الدلو والبئر وما يستسقى به؛ لأن العمل يختلف به.

[فصل استأجر دابة في عشرة أيام بعشرة دراهم]
(٤٢٥٦) فصل: ونقل أبو الحارث، عن أحمد في رجل استأجر دابة، في عشرة أيام، بعشرة دراهم، فإن حبسها أكثر من ذلك، فله بكل يوم درهم، فهو جائز. ونقل ابن منصور عنه، في من اكترى دابة من مكة إلى جدة بكذا، فإن ذهب إلى عرفات بكذا، فلا بأس. ونقل عبد الله عنه لو قال: أكريتكها بعشرة. فما حبسها فعليه كل يوم عشرة. وهذه الروايات تدل على أن مذهبه أنه متى قدر لكل عمل معلوم أجرا معلوما، صح
وتأول القاضي هذا كله، على أنه يصح في الأول ويفسد في الثاني؛ لأن مدته غير معلومة، فلم يصح العقد فيه، كما لو قال: استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة، وهي عشرة. أقفزة، بدرهم، وما زاد فبحسبان ذلك. والظاهر خلاف هذا؛ فإن قوله: فهو جائز. عاد إلى جميع ما ذكر قبله، وكذلك قوله: لا بأس. ولأن لكل عمل عوضا معلوما، فصح، كما لو استقى له كل دلو بتمرة، وقد ثبت الأصل بالخبر الوارد فيه، ومسألة الصبرة لا نص فيها عن الإمام
و قياس نصوصه صحة الإجارة، وإن سلم فسادها، فلأن القفزان التي شرط حملها غير معلومة بتعيين ولا صفة، وهي مختلفة، فلم يصح العقد لجهالتها، بخلاف الأيام، فإنها معلومة.

[فصل قال إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم]
(٤٢٥٧) فصل: وإن قال: إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم، وإن خطته غدا فلك نصف درهم. فعن أحمد فيه روايتان؛ إحداهما، لا يصح، وله أجر المثل. نقلها أبو الحارث، عن أحمد. وهذا مذهب مالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور؛ لأنه عقد واحد، اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير، فلم يصح، كما لو قال: بعتك نقدا بدرهم أو بدرهمين نسيئة. والثانية يصح

وهو قول الحارث العكلي، وأبي يوسف، ومحمد؛ لأنه سمى لكل عمل عوضا معلوما، فصح، كما لو قال: كل دلو بتمرة.." (١)

"وقال أبو حنيفة: إن خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غدا لا يزاد على درهم، ولا ينقص عن نصف درهم؛ لأن المؤجر قد جعل له نصف درهم، فلا ينقص منه، وهو قد رضي في أكثر العملين بدرهم، فلا يزاد عنه. وهذا لا يصح؛ لأنه إن صح العقد فله المسمى، وإن فسد فوجوده كالعدم، ويجب أجر المثل، كسائر العقود الفاسدة.

[فصل قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم]

(٤٢٥٨) فصل: وإن قال: إن خطته روميا فلك درهم، وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم. ففيها وجهان، بناء على التي قبلها. والخلاف فيها كالتي قبلها؛ إلا أن أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة هاهنا. ولنا أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض، فلم يصح. كما لو قال: بعتك هذا بدرهم، أو هذا بدرهمين. وفارق هذا "كل دلو بتمرة " من وجهين؛ أحدهما، أن العمل الثاني ينضم إلى العمل الأول، ولكل واحد منهما عوض مقدر، فأشبه ما لو قال: بعتك هذه الصبرة، كل قفيز بدرهم

وها هنا الخياطة واحدة شرط فيها عوضا إن وجدت على صفة، وعوضا آخر إن وجدت على أخرى، فأشبه ما لو باعه بعشرة صحاح، أو أحد عشر مكسرة. والثاني أنه وقف الإجارة على شرط، بقوله: إن خطته كذا فلك كذا، وإن خطته كذا فلك كذا. بخلاف قوله: كل دلو بتمرة.

[فصل استأجر من حمال إلى مصر بأربعين دينارا]

(٤٢٥٩) فصل: ونقل مهنا، عن أحمد في من استأجر من حمال إلى مصر بأربعين دينارا، فإن نزل دمشق فكراؤه ثلاثون، فإن نزل الرقة فكراؤه عشرون. فقال إذا اكترى إلى الرقة بعشرين، واكترى إلى دمشق بعشرة، واكترى إلى مصر بعشرة، جاز، ولم يكن للحمال أن يرجع. فظاهر هذا، أنه لم يحكم بصحة العقد الأول؛ لأنه في معنى بيعتين في بيعة، لكونه خيره بين ثلاثة عقود. ويخرج فيه أن يصح بناء على المسألتين قبل هذا

ونقل البرزاطي، عن أحمد، في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا إلى الكوفة، وقال: إن وصلت الكتاب يوم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٦/٥

كذا وكذا فلك عشرون، وإن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة. فالإجارة فاسدة، وله أجر مثله. وهذا مثل الذي قبله. ونقل عبد الله، في من اكترى دابة، وقال: إن رددتها غدا فكراؤها عشرة، وإن رددتها اليوم فكراؤها خمسة. فلا بأس. وهذه الرواية تدل على صحة الإجارة، والظاهر عن أحمد، في رواية الجماعة، فيما ذكرنا، فساد العقد، وهو قياس بيعتين في بيعة. والله أعلم.

[فصل مسائل الصبرة]

(٤٢٦٠) فصل: في مسائل الصبرة، وفيها عشر مسائل، أحدها، قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة إلى مصر بعشرة. فالإجارة صحيحة، بغير خلاف." (١)

"لو كان شرطا لما صح العقد بدونه في الطريق المخوف، ولأنه لم تجر العادة بتقدير السير في طريق، ومتى اختلفا، رجع إلى العرف في غير تلك الطريق.

[فصل اشترط في كراء الإبل حمل زاد مقدر كمائة رطل]

(٤٢٦٣) فصل: وإن اشترط حمل زاد مقدر، كمائة رطل، نظرنا؛ فإن شرط أنه يبدل منها ما نقص بالأكل أو غيره، فله ذلك، وإن شرط أن ما نقص بالأكل لا يبدله، لم يكن له إبداله. فإن ذهب بغير الأكل، كسرقة أو سقوط، فله إبداله؛ لأن ذلك لم يدخل في شرطه. وإن أطلق العقد، فله إبدال ما ذهب بسرقة أو سقوط أو أكل غير معتاد، بغير خلاف. وإن نقص بالأكل المعتاد، فله إبداله أيضا؛ لأنه استحق حمل مقدار معلوم، فملك إبدال ما نقص منه، كما لو نقص بسرقة

ويحتمل أنه لا يملك إبداله؛ لأن العرف جار بأن الزاد ينقص، فلا يبدل، فحمل العقد عند الإطلاق على العرف، وصار كالمصرح به. وقال الشافعي: ال قياس أن له إبداله. ولو قيل: ليس له إبداله. كان مذهبا؛ لأن العادة أن الزاد لا يبقى جميع المسافة، ولذلك يقل أجره عن أجر المتاع.

[فصل اكترى جملا ليحج عليه]

(٤٢٦٤) فصل: وإذا اكترى جملا ليحج عليه، فله الركوب عليه إلى مكة، ومن مكة إلى عرفة، والخروج عليه إلى منى؛ لأنه من تمام الحج. وقيل: ليس له الركوب إلى منى؛ لأنه بعد التحلل من الحج. والأولى أن له ذلك؛ لأنه من تمام الحج وتوابعه، ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره، فدخل في قول الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٧٧

تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا﴾ [آل عمران: ٩٧]
ومن اكترى إلى مكة فقط، فليس له الركوب إلى الحج؛ لأنها زيادة. ويحتمل أن له ذلك؛ لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج، لكونها لا يكترى إليها إلا للحج غالبا، فكان بمنزلة المكتري للحج.

[فصل ما يلزم المكري والمكتري للركوب]
(٤٢٦٥) فصل: فيما يلزم المكري والمكتري للركوب، يلزم المكري كل ما جرت العادة أن يوطأ به المركوب للراكب، من الحداجة للجمل، والقتب، والزمام الذي يقاد به البعير، والبرة التي في أنف البعير، إن كانت العادة جارية بينهم بها. وإن كان فرسا، فاللجام والسرج. وإن كان بغلا أو حمارا فالبرذعة والإكاف؛ لأن هذا هو العرف، فحمل الإطلاق عليه. وعلى المكتري ما يزيد على ذلك، كالمحمل، والمحارة، والحبل الذي يشد به بين المحملين أو المحارتين؛ لأن ذلك من مصلحة المحمل، والوطاء الذي يشد فوق الحداجة تحت المحمل
وعلى المكري رفع المحمل، وحطه، وشده على الجمل، ورفع الأحمال وشدها وحطها؛ لأن هذا هو العرف، وبه يتمكن من الركوب. ويلزمه القائد والسائق." (١)

"أحدهما، يرجع به؛ لأن ترك الجمال مع العلم بأنها لا بد لها من نفقة إذن في الإنفاق. والثاني لا يرجع به؛ لأنه يثبت لنفسه حقا على غيره
وكذلك إن لم يجد من يشهده فأنفق محتسبا بالرجوع. و قياس المذهب أن له الرجوع؛ لقولنا: يرجع بما أنفق على الآبق، وعلى عيال الغائب وزوجاته، والدابة المرهونة. ولو قدر على استئذان الحاكم، فأنفق من غير استئذانه، وأشهد على ذلك، ففي رجوعه وجهان أيضا. وحكم موت الجمال، حكم هربه. وقال أبو بكر: مذهب أحمد، أن الموت لا يفسخ الإجارة، وله أن يركبها، ولا يسرف في علفها، ولا يقصر، ويرجع بذلك في مال المتوفى، فإن لم يكن في يد المستأجر ما ينفقه، لم يجز أن يبيع منها شيئا؛ لأن البيع إنما يجوز من المالك، أو من نائبه، أو ممن له ولاية عليه.

[فصل كراء العقبة]
(٤٢٦٩) فصل: قال أصحابنا: يصح كراء العقبة. وهو مذهب الشافعي، ومعناها: الركوب في بعض الطريق،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٨١

يركب شيئا ويمشي شيئا؛ لأنه إذا جاز اكتراؤها في الجميع، جاز اكتراؤها في البعض. ولا بد من كونها معلومة، إما أن يقدرها بفراسخ معلومة، وإما بالزمان، مثل أن يركب ليلا ويمشي نهارا، ويعتبر في هذا زمان السير دون زمان النزول. وإن اتفقا على أن يركب يوما ويمشي يوما، جاز. فإن اكترى عقبة، وأطلق، احتمل أن يجوز، ويحمل على العرف

ويحتمل أن لا يصح؛ لأن ذلك يختلف، وليس له ضابط، فيكون مجهولا. وإن اتفقا على أن يركب ثلاثة أيام، ويمشي ثلاثة أيام، أو ما زاد ونقص، جاز. وإن اختلفا، لم يجبر الممتنع منهما؛ لأن فيه ضررا على كل واحد منهما؛ الماشي لدوام المشي عليه، وعلى الجمل لدوام الركوب عليه، ولأنه إذا ركب بعد شدة تعبه كان أثقل على البعير.

وإن اكترى اثنان جملا يركبانه عقبة وعقبة، جاز، ويكون كراؤهما طول الطريق، والاستيفاء بينهما على ما يتفقان عليه. وإن تشاحا، قسم بينهما لكل واحد منهما فراسخ معلومة، أو لأحدهما الليل وللآخر النهار. وإن كان لذلك عرف، رجع إليه. وإن اختلفا في البادئ منهما، أقرع بينهما. ويحتمل أن لا يصح كراؤهما، إلا أن يتفقا على ركوب معلوم لكل واحد منهما؛ لأنه عقد على مجهول بالنسبة إلى كل واحد منهما، فلم يصح، كما لو اشتريا عبدين على أن لكل واحد منهما عبدا معينا منهما.

[مسألة المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين]

(٤٢٧٠) مسألة قال: (فإن رأى الراكبين، أو وصفا له، وذكر الباقي بأرطال معلومة، فجائز) وجملته أن المعرفة بالوصف تقوم مقام الرؤية في الراكبين، إذا وصفهما بما يختلفان به، في الطول." [١]

"ويحتمل أن يحتاج إلى ذلك في استيفاء الماء عليه؛ لأن منه ما روثه طاهر وجسمه طاهر بغير خلاف، كالخيل والبقر

ومنه ما روثه نجس ويختلف في نجاسة جسمه، كالبغال والحمير، فربما نجس به المستقي أو دلوه، فيتنجس الماء به، فيختلف الغرض بذلك، فتجب معرفته.

[فصل اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له]

(٤٢٧٤) فصل: وإذا اكترى حيوانا لعمل لم يخلق له، مثل أن اكترى البقر للركوب أو الحمل عليها، أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٨٤

اكترى الإبل والحمر للحرث، جاز؛ لأنها منفعة مقصودة، أمكن استيفاؤها من الحيوان، لم يرد الشرع بتحريمها، فجاز، كالذي خلقت له، ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما تصلح له العين المملوكة، ويمكن تحصيله منها، ولا يمتنع ذلك إلا بمعارض راجح، إما ورود نص بتحريمه، أو قياس صحيح، أو رجحان مضرته على منفعته، وليس هاهنا واحد منها، وكثير من الناس من الأكراد وغيرهم يحملون على البقر ويركبونها

وفي بعض البلدان يحرثون على الإبل والبغال والحمير، فيكون معنى خلقها للحرث إن شاء الله، أن معظم الانتفاع بها فيه، ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر، كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة، ويباح أكلها، واللؤلؤ خلق للحلية، ويجوز استعماله في الأدوية وغيرها. والله أعلم.

[مسألة الأجير على ضربين خاص ومشترك]

(٤٢٧٥) مسألة وقال: (وما حدث في السلعة من يد الصانع، ضمن) وجملته أن الأجير على ضربين خاص، ومشترك، فالخاص: هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة، يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كرجل استؤجر لخدمة، أو عمل في بناء أو خياطة، أو رعاية، يوما أو شهرا، سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس. والمشترك: الذي يقع العقد معه على عمل معين، كخياطة ثوب، وبناء حائط، وحمل شيء إلى مكان معين، أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها، كالكحال، والطبيب، سمي مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد

ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته واستحقاقها، فسمي مشتركا لاشتراكهم في منفعته. فالأجير المشترك هو الصانع الذي ذكره الخرقي، وهو ضامن لما جنت يده، فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد.

نص أحمد على هذه المسألة، في رواية ابن منصور. والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه. والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه. والخباز ضامن لما أفسد من خبزه، والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه، أو تلف من عثرته. والجمال يضمن ما تلف بقوده، وسوقه، وانقطاع حبله الذي يشد به حمله

والملاح يضمن ما تلف من يده،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٨٨

"[مسألة الأجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد ولا تفريط]

(٤٢٨٦) مسألة قال: (وإن تلفت من حرز، فلا ضمان عليه، ولا أجر له فيما عمل فيها) اختلفت الرواية عن أحمد، في الأجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه، من غير تعد منه ولا تفريط، فروي عنه: لا يضمن. نص عليه، في رواية ابن منصور. وهو قول طاوس، وعطاء، وأبي حنيفة، وزفر، وقول الشافعي. وروي عن أحمد، إن كان هلاكه بما استطاع، ضمنه، وإن كان غرقا أو عدوا غالبا، فلا ضمان. قال أحمد، في رواية أبي طالب: إذا جنت يده، أو ضاع من بين متاعه، ضمنه، وإن كان عدوا أو غرقا، فلا ضمان

ونحو هذا قال أبو يوسف. والصحيح في المذهب الأول. وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان إذا تلف من بين متاعه خاصة؛ لأنه يتهم. ولهذا قال في الوديعة، في رواية: إنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله، فأما غير ذلك فلا ضمان عليه؛ لأن تخصيصه التضمين بما إذا تلف من بين متاعه، يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه، ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان، فلا يجب عليه الضمان، كما لو تلفت بأمر غالب

وقال مالك، وابن أبي ليلى: يضمن بكل حال؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» . ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق، فلزمه ضمانها، كالمستعير. ولنا أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة، لم يتلفها بفعله، فلم يضمنها، كالعين المستأجرة، ولأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما، فلم يضمنها، كالمضارب والشريك والمستأجر، وكما لو تلفت بأمر غالب. ويخالف العارية، فإنه ينفرد بنفعها. والخبر مخصوص بما ذكرنا من الأصول، فيخص محل النزاع بال قياس عليها

إذا ثبت هذا، فإنه لا أجر له فيما عمل فيها؛ لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر، فلم يستحق عوضه، كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه.

[فصل حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر فتلف]

(٤٢٨٧) فصل: وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله، على استيفاء الأجر، فتلف، ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده، ولا أذن له في إمساكه، فلزمه الضمان، كالغاصب.

[فصل أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه]

فصل: إذا أخطأ القصار، فدفع الثوب إلى غير مالكه، فعليه ضمانه؛ لأنه فوته على مالكه. قال أحمد: يغرم القصار، ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه، وعليه رده إلى القصار، ويطالبه بثوبه.." [١]

"ذكرنا عنهم كراهتها، جمعا بين الأخبار الواردة فيها، وتوفيقا بين الأدلة الدالة عليها. والله أعلم.

[فصل استئجار الحجام لغير الحجامة]

(٤٢٩٧) فصل: فأما استئجار الحجام لغير الحجامة، كالفصد، وحلق الشعر، وتقصيره، والختان، وقطع شيء من الجسد للحاجة إليه، فجائز؛ لأن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «كسب الحجام خبيث» . يعني بالحجامة، كما نهى عن مهر البغي، أي في البغاء. وكذلك لو كسب بصناعة أخرى، لم يكن خبيثا بغير خلاف

وهذا النهي مخالف لل قياس، فيختص بالمحل الذي ورد فيه، ولأن هذه الأمور تدعو الحاجة إليها، ولا تحريم فيها، فجازت الإجارة فيها، وأخذ الأجر عليها، كسائر المنافع المباحة.

[فصل استأجر كحالا ليكحل عينه]

(٤٢٩٨) فصل: ويجوز أن يستأجر كحالا ليكحل عينه؛ لأنه عمل جائز، ويمكن تسليمه، ويحتاج أن يقدر ذلك بالمدة؛ لأن العمل غير مضبوط، فيقدر به، ويحتاج إلى بيان قدر ما يكحله مرة في كل يوم أو مرتين. فأما إن قدرها بالبرء، فقال القاضي: لا يجوز؛ لأنه غير معلوم. وقال ابن أبي موسى: لا بأس بمشارطة الطبيب على البرء؛ لأن أبا سعيد حين رقى الرجل، شارطه على البرء

والصحيح إن شاء الله أن هذا يجوز، لكن يكون جعالة لا إجارة، فإن الإجارة لا بد فيها من مدة، أو عمل معلوم، فأما الجعالة، فتجوز على عمل مجهول، كرد اللقطة والآبق، وحديث أبي سعيد في الرقية إنما كان جعالة، فيجوز هاهنا مثله. إذا ثبت هذا، فإن الكحل إن كان من العليل جاز؛ لأن آلات العمل تكون من المستأجر، كاللبن في البناء والطين والآجر ونحوها. وإن شارطه على الكحل، جاز. وقال القاضي: يحتمل أن لا يجوز؛ لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة، فلا يصح اشتراطه على العامل، كلبن الحائط

ولنا أن العادة جارية به، ويشق على العليل تحصيله، وقد يعجز عنه بالكلية، فجاز ذلك، كالصبغ من الصباغ، واللبن في الرضاع، والحبر والأقلام من الوراق. وما ذكروه ينتقض بهذه الأصول. وفارق لبن

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٩٥

الحائط؛ لأن العادة تحصيل المستأجر له، ولا يشق ذلك، بخلاف مسألتنا. وقال أصحاب مالك: يجوز أن يستأجره ليبني له حائطا والآجر من عنده؛ لأنه اشترط ما تتم به الصنعة التي عقد عليها، فإذا كان مباحا معروفا، جاز، كما لو استأجره ليصبغ ثوبا، والصبغ من عنده

ولنا أن عقد الإجارة عقد على المنفعة، فإذا شرط فيه بيع العين، صار كبيعتين في بيعة. ويفارق الصبغ، وما ذكرنا من الصورة التي جاز فيها ذلك، من حيث إن الحاجة داعية إليه؛ لأن تحصيل الصبغ يشق على." (١)

"[فصل حصل نصيب إنسان في ساقيه]

(٤٣٥٥) فصل: وإذا حصل نصيب إنسان في ساقية، فله أن يسقي به ما شاء من الأرض، سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر، أو لم يكن. وله أن يعطيه من يسقي به. وقال القاضي، وأصحاب الشافعي: ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء؛ لأن ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء، فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك، فيستضر الشركاء، ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ، ودار بابها في درب آخر، ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى، فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى لم يجز؛ لأنه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين. ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه، فكان له أن يسقي منه ما شاء، كما لو انفرد به من أصله. ولا نسلم ما ذكروه في الدارين، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب آخر مشترك؛ لأن الظاهر أن لكل دار سكانا، فيجعل لسكان كل واحدة منهما استطراقا إلى درب غير نافذ، لم يكن لهم حق في استطراقه، وهاهنا إنما يسقي من ساقيته المفردة التي لا يشاركه غيره فيها، فلو صار لتلك الأرض رسم من الشرب من ساقيته، لم يتضرر بذلك أحد

ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب، فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر، فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها. وإن كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك، جاز أن يسقي بنصيبه من الماء أرضا لا رسم لها في الشرب منه، بغير خلاف نعلمه

فإن ضاق الماء، قدم الأسبق فالأسبق، على ما مضى. (٤٣٥٦) فصل: ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب، من إجراء غير هذا الماء فيها، أو عمل رحى عليها، أو دولاب، أو عبارة، وهي خشبة تمد على طرفي النهر، أو قنطرة يعبر الماء فيها، وغير ذلك من التصرفات؛ لأنها ملكه، لا حق لغيره فيها. فأما النهر المشترك، فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك؛ لأنه يتصرف في النهر

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٠

المشترك وفي حريمه بغير إذن شركائه. وقال القاضي في العبارة: هذا ينبني على الروايتين، في من أراد أن يجري ماءه في أرض غيره

والصحيح أنه لا يجوز هاهنا، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره؛ لأن إجراء الماء في أرض غيره ينفع صاحبها، لأنه يسقي عروق شجره، ويشربه أولا وآخرا. وهذا لا ينفع النهر، بل ربما أفسد حافتيه، ولم يسق له شيئا. ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من ماء النهر قبل قسمه شيئا يسقي به أرضا في أول النهر أو غيره، أو أراد إنسان غيرهم ذلك، لم يجز؛ لأنهم صاروا أحق بالماء الجاري في نهرهم من غيرهم، ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف." (١)

"في حافة النهر المملوك لغيره، أو المشترك بينه وبين غيره

ولو فاض ماء هذا النهر إلى ملك إنسان، فهو مباح، كالطائر يعشش في ملك إنسان. وهذا كله مذهب الشافعي فيه نحو مما ذكرنا.

[فصل قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة]

(٤٣٥٧) فصل: وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهايأة، جاز، إذا تراضوا به، وكان حق كل واحد منهم معلوما، مثل أن يجعلوا لكل حصة يوما وليلة، أو أكثر من ذلك أو أقل. وإن قسموا النهار، فجعلوا لواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال، وللآخر من الزوال إلى الغروب، ونحو ذلك، جاز. وإن قسموه ساعات، وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم، كطاسة مثقوبة تترك في الماء، وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامة كانت ساعة، وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين، أو زجاجة فيها رمل، ينزل من أعلاها إلى أسفلها في ساعة أو ساعتين

، ثم يقلبها فيعود الرمل إلى الموضع الذي كان فيه في مثل ذلك المقدار، أو بميزان الشمس الذي تعرف به ساعات النهار، أو بمنازل القمر في الليل، ونحو ذلك، جاز. فإذا حصل الماء لأحدهم في نوبته، فأراد أن يسقي به أرضا ليس لها رسم شرب من هذا، أو يؤثر به إنسانا، أو يقرضه إياه، على وجه لا يتصرف في حافة النهر، جاز. وعلى قول القاضي، وأصحاب الشافعي، ينبغي أن لا يجوز؛ لما تقدم في مثل ذلك. وإن أراد صاحب النوبة أن يجري مع مائه ماء له آخر، يسقي به أرضه التي لها رسم شرب من هذا النهر، أو أرضا له أخرى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٣٤

أو سأله إنسان أن يجري ماء له مع مائه في هذا النهر، ليقاسمه إياه في موضع آخر، على وجه لا يضر بالنهر، ولا بأحد، جاز ذلك، في قياس قول أصحابنا؛ فإنهم قالوا في من استأجر أرضا: جاز أن يجري فيها ماء في نهر محفور، إذا كان فيها. ولأنه مستحق لنفع النهر في نوبته بإجراء الماء، فأشبه ما لو استأجرها لذلك.

[فصل كون منبع الماء مملوكا]

(٤٣٥٨) فصل: القسم الثاني، أن يكون منبع الماء مملوكا، مثل أن يشترك جماعة في استنباط عين وإجرائها، فإنهم يملكونها أيضا؛ لأن ذلك إحياء لها، ويشتركون فيها، وفي ساقيتها، على حسب ما أنفقوا عليها، وعملوا فيها، كما ذكرنا، في القسم الذي قبل هذا، إلا أن الماء غير مملوك ثم، لأنه مباح دخل ملكه، فأشبه ما لو دخل صيد بستانه، وهاهنا يخرج على روايتين أصحهما أنه غير مملوك أيضا. وقد ذكرنا ذلك." (١)

"قال الحميدي: تصدق أبو بكر - رضي الله عنه - بداره على ولده، وعمر بربعه عند المروة على ولده وعثمان برومة، وتصدق علي بأرضه بينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده، وعمرو بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده، فذلك كله إلى اليوم.

وقال جابر: لم يكن أحد من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - ذو مقدرة إلا وقف. وهذا إجماع منهم، فإن الذي قدر منهم على الوقف وقف، واشتهر ذلك، فلم ينكره أحد، فكان إجماعا، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية، فإذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم، كالعتق.

وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت، فليس فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف، استناب فيها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما، ولهذا لم يردها عليه، إنما دفعها إليهما. ويحتمل أن الحائط كان لهما، وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما، فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما، فلم ينفذاه، وأتيا النبي - صلى الله عليه وسلم - فرده إليهما. والقياس على الصدقة لا يصح؛ لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم، وإنما تفتقر إلى القبض، والوقف لا يفتقر إليه، فافترقا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٣٥

[مسألة من وقف في صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين]

[الفصل الأول الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه]

(٤٣٦٧) مسألة قال أبو القاسم، رحمة الله عليه: (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه، على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين، فقد زال ملكه عنه) .

(٤٣٦٨) في هذه المسألة فصول ثلاثة: أحدها: أن الوقف إذا صح، زال به ملك الواقف عنه، في الصحيح من المذهب. وهو المشهور من مذهب الشافعي، ومذهب أبي حنيفة. وعن أحمد: لا يزول ملكه وهو قول مالك، وحكي قولا للشافعي - رضي الله عنه -؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «احبس الأصل، وسبل الثمرة» . ولنا أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة، فأزال الملك، كالعتق، ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته، كالملك المطلق، وأما الخبر، فالمراد به أن يكون محبوسا، لا يباع ولا يوهب ولا يورث.." (١)

"على الأنثى في الميراث على وفق هذا المعنى، فيصح تعليله به

ويتعدى إلى الوقف وإلى غيره من العطايا والصلات. وما ذكره القاضي لا أصل له، وهو ملغى بالميراث والعطية. فإن خالف فسوى بين الذكر والأنثى، أو فضلها عليه، أو فضل بعض البنين أو بعض البنات على بعض، أو خص بعضهم بالوقف دون بعض، فقال أحمد، في رواية محمد بن الحكم: إن كان على طريق الأثرة، فأكرهه، وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة. يعني فلا بأس به. ووجه ذلك أن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته. وعلى قياس قول أحمد، لو خص المشتغلين بالعلم من أولاده بوقفه، تحريضا لهم على طلب العلم، أو ذا الدين دون الفساق، أو المريض أو من له فضل من أجل فضيلته، فلا بأس

وقد دل على صحة هذا أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - نحل عائشة جذاذ عشرين وسقا دون سائر ولده، وحديث عمر، أنه كتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين، إن حدث به حدث، أن ثمغا وصرمة بن الأكوع، والعبد الذي فيه، والمائة سهم التي بخيبر، ورقيقه الذي فيه، الذي أطعمه محمد - صلى الله عليه وسلم - بالوادي، تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهلها، أن لا يباع ولا يشترى، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى، لا حرج على من وليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقا منه. رواه أبو داود.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤

وفيه دليل على تخصيص حفصة دون إخوتها وأخواتها.

[مسألة وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين]

(٤٣٩٥) مسألة قال: (فإذا لم يبق منهم أحد، رجع إلى المساكين) يعني إذا وقف على قوم ونسلهم، ثم على المساكين، فانقرض القوم ونسلهم، فلم يبق منهم أحد، رجع إلى المساكين، ولم ينتقل إليهم ما دام أحد من القوم أو من نسلهم باقيا؛ لأنه رتبه للمساكين بعدهم. والمساكين الذين يستحقون السهم من الزكاة، والفقراء يدخلون فيهم، وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين؛ لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما. والمعنى الذي يسميان به شامل لهما، وهو الحاجة والفاقة، ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين، في مصرف كفارة اليمين، وكفارة الظهار، وفدية الأذى، تناولهما جميعا، وجاز الصرف إلى كل واحد منهما، ولما ذكر الفقراء في قوله: ﴿للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله﴾ [البقرة: ٢٧٣] . وفي قوله: ﴿وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم﴾ [البقرة: ٢٧١] . تناول القسمين، وكل موضع ذكر." [١]

"فيه أحد اللفظين تناول القسمين، إلا في الصدقات، لأن الله تعالى جمع بين الاسمين، وميز بين المسميين، فاحتجنا إلى التمييز بينهما، وفي غير الصدقات يسمى الكل بكل واحد من الاسمين، فإن جمع بين الاسمين بالوقف أيضا، فقال: وقفت هذا على الفقراء والمساكين، نصفين، أو ثلاثا

وجب التمييز بينهما أيضا، فنزلناهما منزلتهما من سهام الصدقات. وإن قال: على الفقراء والمساكين ف قياس المذهب جواز الاقتصار على أحد الصنفين، وإباحة الدفع إلى واحد، كما قلنا في الزكاة. ويتخرج أن لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف، بناء على القول في الزكاة أيضا. ولا خلاف في أنه لا يجب تعميمهم بالعطية، كما لا يجب استيعابهم بالزكاة، ولا في أنه يجوز التفضيل بين من يعطيه منهم، سواء كانوا ذكورا أو إناثا، أو كان الوقف ابتداء، أو انتقل إليهم عن غيرهم

وضابط هذا أنه متى كان الوقف على من يمكن حصرهم واستيعابهم، و التسوية بينهم، وجب استيعابهم والتسوية بينهم، إذا لم يفضل الواقف بعضهم على بعض، فإن وقف على من لا يمكن حصرهم، كالمساكين، أو قبيلة كبيرة كبني تميم وبني هاشم، جاز الدفع إلى واحد وإلى أكثر منه، وجاز التفضيل والتسوية؛ لأن وقفه عليهم، مع علمه بتعذر استيعابهم، دليل على أنه لم يرده، ومن جاز حرمانه، جاز تفضيل غيره عليه. فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه، فصار ممن لا يمكن استيعابه، كرجل وقف على ولده

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٩

وولد ولده، فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر، مثل أن يقف علي على ولده ونسله، فإنه يجب تعميم من أمكن منهم، والتسوية بينهم.

لأن التعميم كان واجبا، وكذلك التسوية، فإذا تعذر، وجب منه ما أمكن، كالواجب الذي يعجز عن بعضه؛ ولأن الواقف أراد التعميم والتسوية، لإمكانه وصلاح لفظه لذلك، فيجب العمل بما أمكن منه، بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف مما لا يمكن ذلك فيهم.

[فصل وقف على سبيل الله أو ابن السبيل أو الرقاب أو الغارمين]

(٤٣٩٦) فصل: وإن وقف على سبيل الله، أو ابن السبيل، أو الرقاب أو الغارمين، فهم الذين يستحقون السهم من الصدقات، لا يعدوهم إلى غيرهم؛ لأن المطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود في الشرع، فينظر؛ من كان يستحق السهم من الصدقات، فالوقف مصروف إليه، وشرحهم يأتي في موضعه، إن شاء الله تعالى. وإن وقف على الأصناف الثمانية الذين يأخذون الصدقات، صرف إليهم، ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة، لا يزاد على ذلك، فيعطى الفقير والمسكين ما يتم به غناؤه، والغارم." (١)

"أن تترك ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» . فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم، ويكون وقفا عليهم. نص عليه أحمد، وذكره القاضي، لأن الوقف يقتضي التأبيد، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم أحق الناس بصدقته، فصرف إليهم مع بقائه صدقة.

ويحتمل كلام الخرقي أن يصرف إليهم على سبيل الإرث، ويبطل الوقف فيه. فعلى هذا يكون كقول أبي يوسف. والرواية الثانية يكون وقفا على أقرب عصبة الواقف، دون بقية الورثة من أصحاب الفروض، ودون البعيد من العصبات، فيقدم الأقرب فالأقرب، على حسب استحقاقهم لولاء الموالي، لأنهم خصوا بالعقل عنه، وبميراث مواليه، فخصوا بهذا أيضا. وهذا لا يقوى عندي، فإن استحقاقهم لهذا دون غيرهم من الناس لا يكون إلا بدليل من نص أو إجماع أو قياس، ولا نعلم فيه نصا، ولا إجماعا، ولا يصح قياسه على ميراث ولاء الموالي؛ لأن علته لا تتحقق هاهنا

وأقرب الأقوال فيه صرفه إلى المساكين؛ لأنهم مصارف مال الله تعالى وحقوقه، فإن كان في أقارب الواقف مساكين، كانوا أولى به، لا على سبيل الوجوب، كما أنهم أولى بزكاته وصلاته مع جواز الصرف إلى غيرهم،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٠

ولأننا إذا صرفناه إلى أقاربه على سبيل التعيين، فهي أيضا جهة منقطعة، فلا يتحقق اتصاله إلا بصرفه إلى المساكين. وقال الشافعي: يكون وقفا على أقرب الناس إلى الواقف، الذكر والأنثى فيه سواء.

(٤٣٩٩) فصل: فإن لم يكن للواقف أقارب، أو كان له أقارب فانقرضوا، صرف إلى الفقراء والمساكين وقفا عليهم

لأن القصد به الثواب الجاري عليه على وجه الدوام، وإنما قدمنا الأقارب على المساكين، لكونهم أولى، فإذا لم يكونوا، فالمساكين أهل لذلك، فصرف إليهم، إلا على قول من قال: إنه يصرف إلى ورثة الواقف ملكا لهم. فإنه يصرف عند عدمهم إلى بيت المال؛ لأنه بطل الوقف فيه بانقطاعه، وصار ميراثا لا وارث له، فكان بيت المال به أولى.

[فصل قال وقفت هذا وسكت أو قال صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله]

(٤٤٠٠) فصل: فإن قال: وقفت هذا. وسكت، أو قال: صدقة موقوفة. ولم يذكر سبيله. فلا نص فيه. وقال ابن حامد: يصح الوقف. قال القاضي: هو قياس قول أحمد؛ فإنه قال في النذر المطلق: ينعقد موجبا لكفارة يمين. وهذا قول مالك، والشافعي في أحد قوليه؛ لأنه إزالة ملك على وجه القربة، فوجب أن يصح مطلقه، كالأضحية والوصية. ولو قال: وصيت بثلث مالي. صح، وإذا صح صرف إلى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه.." (١)

"[مسألة وقف في مرضه الذي مات فيه أو قال هو وقف بعد موتي]

(٤٤٠٤) مسألة قال: (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه، أو قال: هو وقف بعد موتي. ولم يخرج من الثلث، وقف منه بقدر الثلث، إلا أن تجيز الورثة) وجملته أن الوقف في مرض الموت، بمنزلة الوصية، في اعتباره من ثلث المال؛ لأنه تبرع، فاعتبر في مرض الموت من الثلث، كالعتق والهبة

وإذا خرج من الثلث، جاز من غير رضا الورثة ولزم، وما زاد على الثلث، لزم الوقف منه في قدر الثلث، ووقف الزائد على إجازة الورثة. لا نعلم في هذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف؛ وذلك لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض، فمنع التبرع بزيادة على الثلث، كالعطايا والعتق. فأما إذا قال: هو وقف بعد موتي. فظاهر كلام الخرقي أنه يصح، ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا

وهو ظاهر كلام الإمام أحمد. وقال القاضي: لا يصح هذا؛ لأنه تعليق للوقف على شرط، وتعليق الوقف

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٣

على شرط غير جائز، بدليل ما لو علقه على شرط في حياته، وحمل كلام الخرقي على أنه قال: قفوا بعد موتي. فيكون وصية بالوقف لا إيقافا.

وقال أبو الخطاب: قول الخرقي هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط. ولنا على صحة الوقف بالمعلق بالموت، ما احتج به الإمام أحمد - رضي الله عنه - أن عمر وصى، فكان في وصيته: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث، أن ثمغا صدقة. وذكر بقية الخبر وقد ذكرناه في غير هذا الموضع، ورواه أبو داود بنحو من هذا، وهذا نص في مسألتنا، ووقفه هذا كان بأمر النبي - صلى الله عليه وسلم -

ولأنه اشتهر في الصحابة، فلم ينكر، فكان إجماعا، ولأن هذا تبرع معلق بالموت، فصح كالهبة والصدقة المطلقة، أو نقول: صدقة معلقة بالموت، فأشبهت غير الوقف. ويفارق هذا التعليق على شرط في الحياة، بدليل الهبة المطلقة، والصدقة، وغيرهما، وذلك لأن هذا وصية، والوصية أوسع من التصرف في الحياة، بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم، وللمجهول، وللحمل

وغير ذلك، وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط.

[فصل تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة]

(٤٤٠٥) فصل: ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فداري وقف، أو فرسي حبيس، أو إذا ولد لي ولد، أو إذا قدم لي غائبي. ونحو ذلك. ولا نعلم في هذا خلافا؛ لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية، فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة

وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت، وتعليقه بشرط في الحياة. ولا يصح؛ لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا.." (١)

"أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا صغارا. قال المروذي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي، أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة. ولأنها هبة غير مقبوضة، فلم تلزم، كما لو مات قبل أن يقبض، فإن مالكا يقول: لا يلزم الورثة التسليم، والخبر محمول على المقبوض، ولا يصح ال قياس على الوقف والوصية والعتق.

لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى، فخالف التمليكات، والوصية تلزم في حق الوارث، والعتق إسقاط حق وليس بتمليك، ولأن الوقف والعتق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٥

(٤٤٣٩) فصل: وقول الخرقي (لا يصح) . يحتمل أن يريد لا يلزم. ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض، فإن حكم الملك حكم الهبة، والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه. وأما الصحة بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر وثبت حكمه، فلا يصح حمل لفظه على نفيه، لعدم الخلاف فيه، ولأنه قال في سياق المسألة: "كما يصح في البيع "
وقد تقرر في البيع أن بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض، وإنما ينتفي الضمان وإطلاقه في التصرفات. وقوله: " ما يكال وما يوزن " ظاهره العموم في كل موزون ومكيل، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه، كالقفيز من صبرة، والرطل من زبدة. وقد ذكرنا ذلك في البيع، ورجحنا العموم.

[فصل الواهب بالخيار قبل القبض]
(٤٤٤٠) فصل: والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع فيها ومنعها. ولا يصح قبضها إلا بإذنه، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة، ولم يصح القبض. وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح، وإن لم يأذن له؛ لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض، لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لا يتم إلا بالقبض. ولنا أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب، فلم يصح، كما بعد المجلس، أو كما لو نهاه عن قبضها، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب.
فلا يصح التسليم إلا بإذنه، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه. ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض، بدليل ما بعد المجلس. ولو أذن الواهب في القبض، ثم رجع عن الإذن، أو رجع في الهبة، صح رجوعه؛ لأن ذلك ليس بقبض وإن رجع بعد القبض، لم ينفع رجوعه؛ لأن الهبة تمت.." (١)
"ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشهورا، «وكان ابن عمر على بعير لعمر، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمر: بعنيه. فقال: هو لك يا رسول الله. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: هو لك يا عبد الله بن عمر، فاصنع به ما شئت» . ولم ينقل قبول النبي - صلى الله عليه وسلم - من عمر، ولا قبول ابن عمر من النبي - صلى الله عليه وسلم - ولو كان شرطا لفعله النبي - صلى الله عليه وسلم - وعلمه ابن عمر، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله
وروى أبو هريرة «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان إذا أتي بطعام سأل عنه، فإن قالوا: صدقة. قال لأصحابه: كلوا. ولم يأكل، وإن قالوا: هدية. ضرب بيده، فأكل معهم» . ولا خلاف بين العلماء، فيما

---
(١) المغني لابن قدامة ٤٢/٦

علمناه، في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله. ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك، فاكتفي به، كما لو وجد الإيجاب والقبول

قال ابن عقيل إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق، وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا، فلا بد من قول دال عليه، أما مع قرائن الأحوال والدلائل، فلا وجه لتوقيفه على اللفظ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع، واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام، وهو إجارة وبيع أعيان، فإذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال، وأنها تنقل الملك من الجانبين، فلأن نكتفي به في الهبة أولى.

[فصل القبض في الهبة فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه]

(٤٤٤٥) فصل: والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه، لا حائل دونه، وفيما ينقل بالنقل، وفي المشاع بتسليم الكل إليه. فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه، قيل للمتهب: وكل الشريك في قبضه لك ونقله. فإن أبى، نصب الحاكم من يكون في يده لهما، فينقله، ليحصل القبض؛ لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك ويتم به عقد شريكه.

[فصل هبة المشاع]

(٤٤٤٦) فصل: وتصح هبة المشاع. وبه قال مالك، والشافعي. قال الشافعي: سواء في ذلك ما أمكن قسمته؛ أو لم يمكن. وقال أصحاب الرأي: لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته؛ لأن القبض شرط في الهبة، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه. فإن كان مما لا يمكن قسمته، صحت هبته؛ لعدم ذلك فيه. وإن وهب واحد اثنين شيئا مما ينقسم، لم يجز عند أبي حنيفة

وجاز عند صاحبيه. وإن وهب اثنان اثنين شيئا مما ينقسم، لم يصح في قياس قولهم؛ لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع. ولنا أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يرد عليهم ما غنمه." (١)

"يصح. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي

ولا نعلم لهم مخالفا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٥

ولا تصح هبة المعدوم، كالذي تثمر شجرته، أو تحمل أمته؛ لأن الهبة عقد تمليك في الحياة، فلم تصح في هذا كله، كالبيع.

[فصل هبة المجهول]

(٤٤٤٩) فصل: قال أحمد، في رواية أبي داود، وحرب: لا تصح هبة المجهول. وقال في رواية حرب: إذا قال: شاة من غنمي. يعني: وهبتها لك. لم يجز. وبه قال الشافعي. ويحتمل أن الجهل إذا كان في حق الواهب، منع الصحة؛ لأنه غرر في حقه

وإن كان من الموهوب له، لم يمنعها؛ لأنه لا غرر في حقه، فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له، كالموصى له. وقال مالك: تصح هبة المجهول؛ لأنه تبرع، فصح في المجهول، كالنذر والوصية. ووجه الأول، أنه عقد تمليك لا يصح تعليقه بالشروط، فلم يصح في المجهول، كالبيع، بخلاف النذر والوصية.

[فصل تعليق الهبة بشرط]

(٤٤٥٠) فصل: ولا يصح تعليق الهبة بشرط؛ لأنها تمليك لمعين في الحياة، فلم يجز تعليقها على شرط، كالبيع. فإن علقها على شرط، كقول النبي – صلى الله عليه وسلم – لأم سلمة: «إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك» . كان وعدا. وإن شرط في الهبة شروطا تنافي مقتضاها، نحو أن يقول: وهبتك هذا، بشرط أن لا تهبه، أو لا تبيعه، أو بشرط أن تهبه أو تبيعه، أو بشرط أن تهب فلانا شيئا

يصح. الشرط وفي صحة الهبة وجهان، بناء على الشروط الفاسدة في البيع. وإن وقت الهبة، فقال: وهبتك هذا سنة، ثم يعود إلي. لم يصح؛ لأنه عقد تمليك لعين، فلم يصح مؤقتا، كالبيع.

[فصل وهب أمة واستثني ما في بطنها]

(٤٤٥١) فصل: وإن وهب أمة واستثنى ما في بطنها، صح في قياس قول أحمد، في من أعتق أمة واستثنى ما في بطنها؛ لأنه تبرع بالأم دون ما في بطنها، فأشبه العتق. وبه يقول في العتق النخعي، وإسحاق، وأبو ثور. وقال أصحاب الرأي: تصح الهبة، ويبطل الاستثناء. ولنا أنه لم يهب الولد، فلم يملك الموهوب له، كالمنفصل، وكالموصى به.

[فصل له في ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه]

(٤٤٥٢) فصل: وإذا كان له في ذمة إنسان دين، فوهبه له، أو أبرأه منه، أو أحله منه، صح، وبرئت ذمة الغريم منه، وإن رد ذلك، ولم يقبله؛ لأنه إسقاط، فلم يفتقر إلى القبول، كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف، وكالعتق والطلاق. وإن قال: تصدقت به عليك. صح، فإن القرآن ورد في الإبراء بلفظ." (١)

"يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت، فينبغي أن تكون على حسبه، كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها، وكذلك الكفارات المعجلة، ولأن الذكر أحوج من الأنثى، من قبل أنهما إذا تزوجا جميعا فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذكر، والأنثى لها ذلك، فكان أولى بالتفضيل؛ لزيادة حاجته، وقد قسم الله تعالى الميراث، ففضل الذكر مقرونا بهذا المعنى فتعلل به، ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة.

وحديث بشير قضية في عين، وحكاية حال لا عموم لها، وإنما ثبت حكمها فيما ماثلها، ولا نعلم حال أولاد بشير، هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ولعل النبي - صلى الله عليه وسلم - قد علم أنه ليس له إلا ولد ذكر. ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى. ويحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء، لا في صفته، فإن القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر، ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى. وهذا خبر عن جميعهم، على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مرسل.

[فصل ليس عليه التسوية بين سائر أقاربه في الهبة]

(٤٤٦٢) فصل: وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه، ولا إعطاؤهم على قدر مواريثهم سواء كانوا من جهة واحدة، كإخوة وأخوات، وأعمام وبني عم، أو من جهات، كبنات وأخوات وغيرهم. وقال أبو الخطاب المشروع في عطية الأولاد وسائر الأقارب، أن يعطيهم على قدر ميراثهم، فإن خالف وفعل، فعليه أن يرجع ويعمهم بالنحلة؛ لأنهم في معنى الأولاد، فثبت فيهم مثل حكمهم. ولنا أنها عطية لغير الأولاد في صحته، فلم تجب عليه التسوية، كما لو كانوا غير وارثين.

ولأن الأصل إباحة تصرف الإنسان في ماله كيف شاء، وإنما وجبت التسوية بين الأولاد بالخبر، وليس غيرهم في معناهم؛ لأنهم استووا في وجوب بر والدهم، فاستووا في عطيته. وبهذا علل النبي - صلى الله عليه وسلم - حين قال: «أيسرك أن يستووا في برك؟ قال: نعم. قال: فسو بينهم» . ولم يوجد هذا في

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٧

غيرهم، ولأن للوالد الرجوع فيما أعطى ولده، فيمكنه أن يسوي بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم، ولا يمكن ذلك في غيرهم، ولأن الأولاد لشدة محبة الوالد لهم، وصرف ماله إليهم عادة.

يتنافسون في ذلك، ويشتد عليهم تفضيل بعضهم، ولا يباريهم في ذلك غيرهم، فلا يصح قياسه عليهم، ولا نص في غيرهم، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد علم لبشير زوجة، ولم يأمره بإعطائها شيئا حين أمره بالتسوية بين أولاده، ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك؟ .

[فصل الأم في المنع من المفاضلة في الهبة بين الأولاد كالأب]

(٤٤٦٣) فصل: والأم في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم» .." [(١)]

"ولأنها أحد الوالدين، فمنعت التفضيل كالأب، ولأن ما يحصل بتخصيص الأب بعض ولده من الحسد والعداوة، يوجد مثله في تخصيص الأم بعض ولدها، فثبت لها مثل حكمه في ذلك.

[فصل الرجوع فيما وهب لولده]

(٤٤٦٤) فصل: وقول الخرقي: " أمر برده ". يدل على أن للأب الرجوع فيما وهب لولده. وهو ظاهر مذهب أحمد، سواء قصد برجوعه التسوية بين الأولاد أو لم يرد، وهذا مذهب مالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور. وعن أحمد، رواية أخرى: ليس له الرجوع فيها. وبها قال أصحاب الرأي، والثوري، والعنبري؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «العائد في هبته، كالعائد في قيئه» . متفق عليه

وعن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها. رواه مالك، في " الموطأ ". ولأنها هبة يحصل بها الأجر من الله تعالى، فلم يجز الرجوع فيها، كصدقة التطوع. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لبشير بن سعد: " فاردده ". وروي: " فأرجعه ". رواه كذلك مالك عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن، عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته،

وأقل أحوال الأمر الجواز وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك، فرجع في هبته لولده، ألا تراه قال في الحديث: فرجع أبي، فرد تلك الصدقة. وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئا، يخالف ظاهر الحديث؛ لقوله:

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤/٦

تصدق علي أبي بصدقة. وقول بشير: إني نحلت ابني غلاما يدل على أنه كان قد أعطاه. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " فاردده ". وقوله: " فأرجعه ". وروى طاوس، عن ابن عمر، وابن عباس، يرفعان الحديث إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «ليس لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده» رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وهذا يخص عموم ما رووه ويفسره. و قياسهم منقوض بهبة الأجنبي؛ فإن فيها أجرا وثوابا، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - ندب إليها. وعندهم له الرجوع فيها، والصدقة على الولد كمسألتنا، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة؛ لقوله: تصدق علي أبي بصدقة.

[فصل الأم كالأب، في الرجوع في الهبة]

(٤٤٦٥) فصل: وظاهر كلام الخرقي، أن الأم كالأب، في الرجوع في الهبة؛ لأن قوله: " وإذا فاضل بين أولاده " يتناول كل والد، ثم قال في سياقه: " أمر برده ". فيدخل فيه الأم. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها داخلة في قوله: " إلا الوالد فيما يعطي ولده ". ولأنها لما دخلت في قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : «سووا بين أولادكم» . ينبغي أن يتمكن." (١)

"[فصل تصرف الأب في مال الابن قبل تملكه]

(٤٤٧٨) فصل: وإن تصرف الأب في مال الابن قبل تملكه، لم يصح تصرفه. نص عليه أحمد، فقال: لا يجوز عتق الأب لعبد ابنه، ما لم يقبضه. فعلى هذا، لا يصح إبراؤه من دينه، ولا هبته لماله، ولا بيعه له؛ وذلك لأن ملك الابن تام على مال نفسه، فصح تصرفه فيه، ويحل له وطء جواريه، ولو كان الملك مشتركا، لم يحل له الوطء، كما لا يجوز وطء الجارية المشتركة، وإنما للأب انتزاعه منه، كالعين التي وهبها إياه، فقبل انتزاعها لا يصح تصرفه؛ لأنه يتصرف في ملك غيره بغير ولاية

وإن كان الابن صغيرا، لم يصح أيضا؛ لأنه لا يملك التصرف بما لا حظ للصغير فيه، وليس من الحظ إسقاط دينه، وعتق عبده، وهبة ماله.

(٤٤٧٩) فصل: قال أحمد: بين الرجل وبين ولده ربا. لما ذكرناه من أن ملك الابن على ماله تام. وقال: لا يطأ جارية الابن، إلا أن يقبضها. يعني يتملكها. وذلك لأنه إذا وطئها قبل تملكها، فقد وطئها وليست زوجة ولا ملك يمين، وإن تملكها، لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها؛ لأنه ابتداء ملك فوجب الاستبراء فيه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٥٥

كما لو اشتراها

وإن كان الابن قد وطئها، لم تحل له بحال وإن وطئها قبل تملكها، كان محرما من وجهين: أحدهما أنه وطئها قبل ملكها. والثاني أنه وطئها قبل استبرائها. وإن كان الابن وطئها، حرمت بوجه ثالث وهي أنها صارت بمنزلة حليلة ابنه، فإن فعل، فلا حد عليه؛ لشبهة الملك، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أضاف مال الولد إلى أبيه، فقال: «أنت ومالك لأبيك» . وإن ولدت منه، صارت أم ولد له، وولده حر؛ لأنه من وطء انتفى عنه الحد للشبه.

وتصير أم ولد له، وليس للابن مطالبته بشيء من قيمتها، ولا قيمة ولدها ولا مهرها. وهل يعزر؟ يحتمل وجهين أحدهما، يعزر؛ لأنه وطئ وطئا محرما، أشبه ما لو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره. والثاني، لا يعزر؛ لأنه لا يقتص منه بالجناية على ولده، فلا يعزر بالتصرف في ماله.

[فصل ليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه]

(٤٤٨٠) فصل: وليس لغير الأب الأخذ من مال غيره بغير إذنه؛ لأن الخبر ورد في الأب بقوله: «أنت ومالك لأبيك» . ولا يصح قياس غير الأب عليه، لأن للأب ولاية على ولده وماله إذا كان صغيرا، وله شفقة تامة، وحق متأكد، ولا يسقط ميراثه بحال. والأم لا تأخذ؛ لأنها لا ولاية لها. والجد أيضا لا يلي." (١)

"- صلى الله عليه وسلم - في العصا والسوط والحبل وأشباهه، يلتقطه الرجل ينتفع به» . والحبل قد يكون قيمته دراهم

وعن ابن ماجه بإسناده، عن سويد بن غفلة، قال: خرجت مع سلمان بن ربيعة، وزيد بن صوحان، حتى إذا كنا بالعذيب، التقطت سوطا، فقالا لي: ألقه. فأبيت، فلما قدمنا المدينة، أتيت أبي بن كعب، فذكرت ذلك له، فقال: أصبت. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وللشافعية فيه ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة. ولنا على إبطال تحديده بما ذكروه، أن حديث زيد بن خالد عام في كل لقطة، فيجب إبقاؤه على عمومه، إلا ما خرج منه بالدليل، ولم يرد بما ذكروه نص، ولا هو في معنى ما ورد النص به

ولأن التحديد والتقدير لا يعرف بال قياس، وإنما يؤخذ من نص أو إجماع، وليس فيما ذكروه نص ولا إجماع. وأما حديث علي، فهو ضعيف، رواه أبو داود وقال: طرقه كلها مضطربة. ثم هو مخالف لمذهبهم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٦٤

ولسائر المذاهب، فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة، إما لكونه مضطرا إليه أو غير ذلك، وحديث عائشة قضية في عين، لا يدرى كم قدر الخاتم، ثم هو قول صحابي، وكذلك حديث علي، وهم لا يرون ذلك حجة، وسائر الأحاديث ليس فيها تقدير، لكن يباح أخذ ما ذكره النبي - صلى الله عليه وسلم - وخص في أخذه من السوط والعصا والحبل، وما قيمته كقيمة ذلك
وقدره الشيخ أبو الفرج في كتابه بما دون القيراط، ولا يصح تحديده لما ذكرنا.

[فصل أخر تعريف اللقطة عن الحول الأول مع إمكانه]
(٤٥٠١) فصل: إذا أخر التعريف عن الحول الأول، مع إمكانه أثم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر به فيه، والأمر يقتضي الوجوب. وقال في حديث عياض بن حمار: «لا يكتم ولا يغيب» . ولأن ذلك وسيلة إلى أن لا يعرفها صاحبها، فإن الظاهر أنه بعد الحول ييأس منها، ويسلو عنها، ويترك طلبها. ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الأول، في المنصوص عن أحمد؛ لأن حكمة التعريف ل ا تحصل بعد الحول الأول
وإن تركه في بعض الحول، عرف بقيته. ويتخرج أن لا يسقط التعريف بتأخره؛ لأنه واجب، فلا يسقط بتأخيره عن وقته، كالعبادات وسائر الواجبات. ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور، فيجب الإتيان به؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»
فعلى هذا إن أخر التعريف بعض الحول، أتى بالتعريف في بقيته، وأتمه من الحول الثاني. وعلى كلا القولين، لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول؛ لأن شرط الملك التعريف في الحول الأول، ولم يوجد. وهل له أن يتصدق بها أو يحبسها عنده أبدا؟ على روايتين. ويحتمل أن يلزمه دفعها إلى الحاكم،." (١)
"في ذلك
وقال أكثر أصحابنا: لا تملك العروض بالتعريف. قال القاضي: نص أحمد على هذا، في رواية الجماعة. واختلفوا فيما يصنع بها، فقال أبو بكر، وابن عقيل: يعرفها أبدا. وقال القاضي: هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها، وبين دفعها إلى الحاكم ليرى رأيه فيها. وهل له بيعها بعد الحول، ويتصدق بها؟ على روايتين، وقال الخلال: كل ما روي عن أحمد، أنه يعرفه سنة، ويتصدق به، والذي نقل

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٧/٦

أنه يعرف أبدا قول قديم، رجع عنه

واحتجوا بما روي عن ابن عمر، وابن عباس، وابن مسعود، مثل قولهم، ولأنها لقطة لا تملك في الحرم، فلا تملك في غيره كالإبل، ولأن الخبر ورد في الأثمان، وغيرها لا يساويها؛ لعدم الغرض المتعلق بعينها، فمثلها يقوم مقامها من كل وجه، بخلاف غيرها. ولنا عموم الأحاديث في اللقطة جميعها «؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - سئل عن اللقطة، فقال: عرفها سنة ثم قال في آخره: فانتفع بها، أو فشأنك بها» وفي حديث عياض بن حمار: " من وجد لقطة "

وهو لفظ عام وروى الجوزجاني، والأثرم في "كتابيهما "، قالا: حدثنا أبو نعيم، ثنا هشام بن سعد، قال حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: «أتى رجل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله، كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء، أو في قرية مسكونة؟ فقال: عرفه سنة، فإن جاء صاحبه، وإلا فشأنك به» . وروينا أن سفيان بن عبد الله، وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال: عرفها سنة، فإن عرفت، وإلا فهي لك. زاد الجوزجاني: فلم تعرف، فلقيه بها العام المقبل، فذكرها له، فقال عمر: هي لك، إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمرنا بذلك ورواه النسائي كذلك.

وهذا نص في غير الأثمان. وروى الجوزجاني بإسناده، عن الحر بن الصباح قال: كنت عند ابن عمر بمكة، إذ جاءه رجل. فقال: إني وجدت هذا البرد، وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد، وهذا يوم التروية، ويوم يتفرق الناس. فقال: إن شئت قومته قيمة عدل، ولبسته، وكنت له ضامنا، متى جاءك صاحبه دفعت إليه ثمنه، وإن لم يجئ له طالب فهو لك إن شئت

ولأن ما جاز التقاطه ملك بالتعريف، كالأثمان، وما حكوه عن الصحابة إن صح، فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه. وقولهم: إنها لقطة لا تملك في الحرم ممنوع، ثم هو منقوض بالأثمان، ولا يصح قياسها على الإبل؛ لأن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء، وتأكل الشجر، حتى يأتيها ربها، ولا يوجد ذلك في غيرها، ولأن الإبل لا يجوز التقاطها، فلا تملك به، وهاهنا يجوز التقاطها، فتملك به، كالأثمان. ثم إذا لم تملك في الحرم، لا تملك في الحل؛ وذلك لأن الحرم ميز بكون لقطته لا يلتقطها إلا منشد، ولهذا لم تملك الأثمان بالتقاطها فيه، فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانع فيه." (١)

"وقولهم: إن النص خاص في الأثمان. قلنا: بل هو عام في كل لقطة، فيجب العمل بعمومه، وإن ورد فيها نص خاص، فقد روي خبر عام، فيعمل بهما، ثم قد روينا نصا خاصا في العروض، فيجب العمل به،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٨١

كما وجب العمل بالخاص في الأثمان، ثم لو اختص الخبر بالأثمان، لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها، كسائر النصوص التي عقل معناها ووجد في غيرها، وهاهنا قد وجد المعنى، فيجب قياسه على المنصوص عليه، أو نقول: إن المعنى هاهنا آكد، فيثبت الحكم فيه بطريق التنبيه

وبيانه أن الأثمان لا تتلف بمضي الزمان عليها، وانتظار صاحبها بها أبدا، والعروض تتلف بذلك، ففي النداء عليها دائما هلاكها، وضياع ماليتها على صاحبها، وملتقطها، وسائر الناس، في إباحة الانتفاع بها وملكها بعد التعريف، حفظا لماليتها على صاحبها بدفع قيمتها إليه، وتقع لغيره، فيجب ذلك لنهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن إضاعة المال، ولما فيه من المصلحة والحفظ لمال المسلم عليه وعلى أخيه، ولأن في إثبات الملك فيها حثا على التقاطها وحفظها وتعريفها، لكونه وسيلة إلى الملك المقصود للآدمي، وفي نفي ملكها تضييع لها، لما في التقاطها من الخطر والمشقة والكلفة من غير نفع يصل إليه، فيؤدي إلى أن لا يلتقطها أحد لتعريفها فتضيع

وما ذكروه في الفرق ملغى بالشاة، فقد ثبت الملك فيها مع هذا الفرق، ثم يمكننا أن نقيس على الشاة، فلا يحصل هذا الفرق بين الأصل والفرع. والله أعلم. ثم نقلب دليلهم، فنقول: لقطة لا تملك في الحرم، فما أبيح التقاطه منها ملك إذا كان في الحل، كالإبل.

[فصل لقطة الحل والحرم سواء]

(٤٥٠٨) فصل: وظاهر كلام أحمد والخرقي، أن لقطة الحل والحرم سواء. وروي ذلك عن ابن عمر، وابن عباس، وعائشة، وابن المسيب. وهو مذهب مالك، وأبي حنيفة. وروي عن أحمد رواية أخرى، أنه لا يجوز التقاط لقطة الحرم للتملك، وإنما يجوز حفظها لصاحبها. فإن التقطها عرفها أبدا حتى يأتي صاحبها. وهو قول عبد الرحمن بن مهدي، وأبي عبيد. وعن الشافعي كالمذهبين. والحجة لهذا القول قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في مكة: «لا تحل ساقطتها إلا لمنشد» . متفق عليه

وقال أبو عبيد: المنشد المعرف، والناشد الطالب. وينشد: إصاخة الناشد للمنشد فيكون معناه لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها؛ لأنها خصت بهذا من سائر البلدان. وروى يعقوب بن شيبة، في " مسنده " عن عبد الرحمن بن عثمان التيمي، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن لقطة الحاج» . قال ابن وهب: يعني يتركها حتى يجدها صاحبها. رواه أبو داود أيضا. ووجه الرواية الأولى عموم الأحاديث، وأنه

أحد الحرمين، فأشبه حرم المدينة، ولأنها أمانة فلم يختلف حكمها بالحل والحرم، كالوديعة. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: إلا لمنشد." (١)

"بذلك؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «البينة على المدعي»

ولأن صفة المدعي لا يستحق بها كالمغصوب. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها، فادفعها إليه» . قال ابن المنذر: هذا الثابت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وبه أقول. ورواه ابن القصار: " فإن جاء باغيها، ووصف عفاصها وعددها، فادفعها إليه ". وفي حديث زيد الذي ذكرناه «اعرف وكاءها وعفاصها، ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف، فاستنفقها، وإن جاء طالبها يوما من الدهر، فأدها إليه» . يعني إذا ذكر صفاتها؛ لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث، ولم يذكر البينة في شيء من الحديث، ولو كانت شرطا للدفع، لم يجز الإخلال به، ولا أمر بالدفع بدونه، ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعذر؛ لأنها إنما سقطت حال الغفلة والسهو، فتوقيف دفعها منع لوصولها إلى صاحبها أبدا، وهذا يفوت مقصود الالتقاط، ويفضي إلى تضييع أموال الناس، وما هذا سبيله يسقط اعتبار البينة فيه، كالإنفاق على اليتيم. والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جدا؛ لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعا لمال المسلم يقينا، وإتعابا لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد، والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها، وما هذا سبيله يجب أن يكون حراما، فكيف يكون فاضلا. وعلى هذا نقول: لو لم يجب دفعها بالصفة، لم يجز التقاطها؛ لما ذكرناه، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «البينة على المدعي» . يعني إذا كان ثم منكر؛ لقوله في سياقه: «واليمين على من أنكر» . ولا منكر هاهنا، على أن البينة تختلف، وقد جعل النبي - صلى الله عليه وسلم - بينة مدعي اللقطة وصفها، فإذا وصفها فقد أقام بينته. و قياس اللقطة على المغصوب غير صحيح؛ فإن النزاع ثم في كونه مغصوبا، والأصل عدمه، وقول المنكر يعارض دعواه، فاحتيج إلى البينة، وها هنا قد ثبت كون هذا المال لقطة، وأن له صاحبا غير من هو في يده، ولا مدعي له إلا الواصف، وقد ترجح صدقه، فينبغي أن يدفع إليه.

(٤٥١٣) فصل: فإن وصفها اثنان، أقرع بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف أنها له، وسلمت إليه. وهكذا إن أقاما بينتين، أقرع بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف، ودفعت إليه. ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: تقسم بينهما؛ لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع، فتساويا فيها، كما لو كانت في أيديهما. والذي قلناه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٢/٦

أصح وأشبه بأصولنا، فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما، ولأنهما تداعيا عينا في يد غيرهما، وتساويا في البينة، أو في عدمها، فتكون لمن وقعت له القرعة، كما لو ادعيا وديعة في يد إنسان، فقال: هي لأحدكما، لا أعرفه عينا. وفارق ما إذا كانت في أيديهما؛ لأن يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه. وإن." (١)

"فإن اختلفا في الجعل، فقال: جعلت لي في رد لقطتي كذا. فأنكر المالك، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل معه

وإن اتفقا على العوض، واختلفا في قدره، فالقول قول المالك؛ لأن الأصل عدم الزائد المختلف فيه، ولأن القول قوله في أصل العوض، فكذلك في قدره، كرب المال في المضاربة. ويحتمل أن يتحالفا، كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، والأجير والمستأجر إذا اختلفا في قدر الأجر. فعلى هذا إن تحالفا فسخ العقد، ووجب أجر المثل. وكذلك الحكم إن اختلفا في المسافة، فقال: جعلت لك الجعل على ردها من حلب فقال: بل على ردها من حمص. وإن اختلفا في عين العبد الذي جعل الجعل في رده، فقال: رددت العبد الذي شرطت لي الجعل فيه. قال: بل شرطت لك الجعل في العبد الذي لم ترده. فالقول قول المالك؛ لأنه أعلم بشرطه، ولأنه ادعى عليه شرطا في هذا العقد فأنكره، والأصل عدم الشرط.

[فصل رد العبد الآبق]

(٤٥٣٢) فصل: أما رد العبد الآبق، فإنه يستحق الجعل برده وإن لم يشرط له. روي هذا عن عمر، وعلي، وابن مسعود. وبه قال شريح، وعمر بن عبد العزيز، ومالك، وأصحاب الرأي. وقد روي عن أحمد أنه لم يكن يوجب ذلك. قال ابن منصور: سئل أحمد عن جعل الآبق؟ فقال: لا أدري، قد تكلم الناس فيه

لم يكن عنده فيه حديث صحيح. فظاهر هذا أنه لا جعل له فيه، وهو ظاهر قول الخرقي فإنه قال: " وإذا أبق العبد فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه ". ولم يذكر جعلا. وهذا قول النخعي، والشافعي، وابن المنذر؛ لأنه عمل لغيره عملا من غير أن يشرط له عوضا، فلم يستحق شيئا، كما لو رد جمله الشارد. ووجه الرواية الأولى، ما روى عمرو بن دينار، وابن أبي مليكة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل في جعل الآبق، إذا جاء به خارجا من الحرم، دينارا

وأيضا فإنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم في زمنهم مخالفا، فكان إجماعا. ولأن في شرط

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٥/٦

الجعل في ردهم حثا على رد الإباق، وصيانة لهم عن الرجوع إلى دار الحرب، وردتهم عن دينهم، وتقوية أهل الحرب بهم، فينبغي أن يكون مشروعا لهذه المصلحة. وبهذا فارق رد الشارد، فإنه لا يفضي إلى ذلك.
والرواية الأخرى أقرب إلى المصلحة؛ لأن الأصل عدم الوجوب، والخبر المروي في هذا مرسل، وفيه مقال، ولم يثبت الإجماع فيه ولا ال قياس، فإنه لم يثبت اعتبار الشرع لهذه المصلحة المذكورة فيه، ولا تحققت أيضا، فإنه ليس الظاهر هربهم إلى دار الحرب إلا في المجلوب منها، إذا كانت قريبة، وهذا بعيد فيهم
فأما على الرواية الأولى، فقد اختلفت الرواية في قدر الجعل، فروي عن أحمد أنه عشرة دراهم، أو دينار، إن رده من المصر، وإن رده من خارجه، ففيه روايتان." (١)

"[فصل غير الأمين لا يأخذ اللقطة]

(٤٥٤١) فصل: ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللقطة؛ لأنه يعرض نفسه للأمانة، وليس هو من أهلها، فإن التقط صح التقاطه؛ لأنها جهة من جهات الكسب، وهو من أهل الكسب، ولأنه إذا صح التقاط الكافر، فالمسلم أولى، فإذا التقطها فعرفها حولا، ملكها كالعدل. وإن علم الحاكم أو السلطان بها، أقرها في يده، وضم إليه مشرفا يشرف عليه، ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي؛ لأنه لا نأمنه عليها. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي في أحد قوليه، وقال في الآخر: ينزعها من يده، ويضعها في يد عدل
ولنا أن من خلى بينه وبين الوديعة، لم تزل يده عن اللقطة، كالعدل، والحفظ يحصل بضم المشرف إليه، وإن لم يمكن المشرف حفظها منه، انتزعت من يده، وتركت في يد عدل، فإذا عرفها وتمت السنة، ملكها ملتقطها؛ لأن سبب الملك وجد منه.

[مسألة وجد الشاة بمصر أو بمهلكة]

مسألة قال: (وإذا وجد الشاة بمصر، أو بمهلكة، فهي لقطة) يعني أنه يباح أخذها والتقاطها، وحكمها إذا أخذها حكم الذهب والفضة، في التعريف والملك بعده. هذا الصحيح من مذهب أحمد، وقول أكثر أهل العلم. قال ابن عبد البر: أجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها، وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع، وهي الثعلب، وابن آوى، والذئب، وولد الأسد ونحوها
فما لا يمتنع منها، كفصلان الإبل، وعجول البقر، وأفلاء الخيل، والدجاج، والإوز ونحوها، يجوز التقاطه. ويروى عن أحمد رواية أخرى، ليس لغير الإمام التقاطها. وقال الليث بن سعد: لا أحب أن يقربها، إلا أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٩٧

يحوزها لصاحبها؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا يؤوي الضالة إلا ضال» . ولأنه حيوان أشبه الإبل. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «لما سئل عن الشاة: خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» . متفق عليه

ولأنه يخشى عليه التلف والضياع، فأشبه لقطة غير الحيوان، وحديثنا أخص من حديثهم، فنخصه به، وال قياس على الإبل لا يصح؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها، وهذا معدوم في الغنم، ثم قد فرق النبي – صلى الله عليه وسلم – بينهما في خبر واحد، فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما، ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك فيه. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة. وقال مالك، وأبو عبيد، وابن المنذر،." (١)

"ولنا على جواز أكله قول النبي – صلى الله عليه وسلم – في ضالة الغنم: «خذها، فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب»

وهذا تجويز للأكل، فإذا جاز فيما هو محفوظ بنفسه، ففيما يفسد ببقائه أولى.

[مسألة لا يتعرض لبعير ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه]

(٤٥٤٦) مسألة قال: (ولا يتعرض لبعير، ولا لما فيه قوة يمنع عن نفسه) وجملة ذلك أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع، وورود الماء، لا يجوز التقاطه، ولا التعرض له، سواء كان لكبر جثته، كالإبل، والخيل، والبقر، أو لطيرانه كالطيور كلها، أو لسرعته، كالظباء والصيود، أو بنابه كالكلاب والفهود. قال عمر – رضي الله عنه –: من أخذ ضالة، فهو ضال. أي مخطئ

وبهذا قال الشافعي، والأوزاعي، وأبو عبيد. وقال مالك، والليث، في ضالة الإبل: من وجدها في القرى عرفها، ومن وجدها في الصحراء لا يقربها. ورواه المزني عن الشافعي. وكان الزهري يقول: من وجد بدنة فليعرفها، فإن لم يجد صاحبها فلينحرها قبل أن تنقضي الأيام الثلاثة. وقال أبو حنيفة: في لفظ يباح التقاطها؛ لأنها لقطة أشبهت الغنم. ولنا

«قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لما سئل عنها: ما لك ولها؟ معها حذاؤها وسقاؤها، ترد الماء، وتأكل الشجر، حتى يجدها ربها. وسئل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقيل: يا رسول الله، إنا نصيب هوام الإبل. قال: ضالة المسلم حرق النار» . وروي عن «جرير بن عبد الله، أنه أمر بطرد بقرة

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٠٣

لحقت ببقره حتى توارت، وقال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: لا يؤوي الضالة إلا ضال» رواه أبو داود بمعناه. و قياسهم يعارض صريح النص، وكيف يجوز ترك نص النبي – صلى الله عليه وسلم – وصريح قوله ب قياس نصه في موضع آخر، على أن الإبل تفارق الغنم، لضعفها، وقلة صبرها عن الماء.

[فصل كانت الصيود مستوحشة إذا تركت رجعت إلى الصحراء وعجز عنها صاحبها جاز التقاطه]

(٤٥٤٧) فصل: فإن كانت الصيود مستوحشة، إذا تركت رجعت إلى الصحراء، وعجز عنها صاحبها، جاز التقاطها؛ لأن تركها أضيع لها من سائر الأموال، والمقصود حفظها لصاحبها، لا حفظها في نفسها، ولو كان المقصود حفظها في أنفسها لما جاز التقاط الأثمان، فإن الدينار دينار حيثما كان.

[فصل البقرة كالإبل في اللقطة]

(٤٥٤٨) فصل: والبقرة كالإبل. نص عليه أحمد. وهو قول الشافعي، وأبي عبيد. وحكي عن مالك أن البقرة كالشاة

ولنا، خبر جرير فإنه طرد البقرة ولم يأخذها، ولأنها تمتنع عن صغار السباع، وتجزئ في." [1]

"له النقيع لخيل المجاهدين والضوال، ولأن للإمام نظرا في حفظ مال الغائب، وفي أخذ هذه حفظ لها عن الهلاك. ولا يلزمه تعريفها؛ لأن عمر – رضي الله عنه – لم يكن يعرف الضوال. ولأنه إذا عرف ذلك، فمن كانت له ضالة فإنه يجيء إلى موضع الضوال، فإذا عرف ضالته أقام البينة عليها وأخذها، ولا يكتفي فيها بالصفة؛ لأنها ظاهرة بين الناس، فيعرف صفاتها من رآها من غير أهلها، فلا تكون الصفة لها دليلا على ملكه لها

ولأن الضالة قد كانت ظاهرة بين الناس حين كانت في يد مالكها، فلا يختص هو بمعرفة صفاتها دون غيره، فلم يكن ذلك دليلا، ويمكنه إقامة البينة عليها لظهورها للناس، ومعرفة خلطائه وجيرانه بملكه إياها.

[فصل أخذ اللقطة غير الإمام أو نائبه ليحفظها لصاحبها]

(٤٥٥١) فصل: وإن أخذها غير الإمام أو نائبه ليحفظها لصاحبها، لم يجز له ذلك، ولزمه ضمانها؛ لأنه لا ولاية له على صاحبها. وهذا ظاهر مذهب الشافعي

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٠٧

ولأصحابه وجه، أن له أخذها لحفظها، قياسا على الإمام. ولا يصح؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - منع أخذها من غير تفريق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط، ولا يصح ال قياس على الإمام؛ لأن له ولاية، وهذا لا ولاية له. وإن وجدها في موضع يخاف عليها به، مثل أن يجدها بأرض مسبعة، يغلب على الظن أن الأسد يفترسها إن تركت به، أو فرسا من دار الحرب، يخاف عليها من أهلها، أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين، كوادي التيم، أو في برية لا ماء بها ولا مرعى، فالأولى جواز أخذها للحفظ، ولا ضمان على آخذها؛ لأن فيه إنقاذها من الهلاك، فأشبه تخليصها من غرق أو حريق

فإذا حصلت في يده، سلمها إلى نائب الإمام، وبرئ من ضمانها، ولا يملكها بالتعريف؛ لأن الشرع لم يرد بذلك فيها.

[فصل ما يحصل عند الإمام من الضوال فإنه يشهد عليها ويسمها بأنها ضالة]

(٤٥٥٢) فصل: وما يحصل عند الإمام من الضوال، فإنه يشهد عليها، ويسمها بأنها ضالة، ثم إن كان له حمى ترعى فيه، تركها فيه، إن رأى ذلك، وإن رأى المصلحة في بيعها وحفظ ثمنها، أو لم يكن له حمى، باعها بعد أن يحليها، ويحفظ صفاتها، ويحفظ ثمنها لصاحبها، فإن ذلك أحفظ لها؛ لأن تركها يفضي إلى أن تأكل جميع ثمنها.

[فصل ترك دابة بمهلكة فأخذها إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها]

(٤٥٥٣) فصل: ومن ترك دابة بمهلكة، فأخذها إنسان، فأطعمها وسقاها وخلصها، ملكها. وبه قال الليث، والحسن بن صالح، وإسحاق. إلا أن يكون تركها ليرجع إليها، أو ضلت منه. وقال مالك: هي لمالكها." (١)

"الأول، ويغرم ما أنفق عليها. وقال الشافعي، وابن المنذر: هي لمالكها، والآخر متبرع بالنفقة، لا يرجع بشيء؛ لأنه ملك غيره، فلم يملكه بغير عوض من غير رضاه، كما لو كانت في غير مهلكة، ولا يملك الرجوع؛ لأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه، فلم يرجع بشيء، كما لو بنى داره

ولنا ما روى الشعبي، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من وجد دابة قد عجز عنها أهلها، فسيبوها، فأخذها، فأحياها، فهي له» . قال عبد الله بن حميد بن عبد الرحمن: فقلت - يعني للشعبي - : من حدثك بهذا؟ قال: غير واحد من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. رواه أبو داود

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٠٩

بإسناده. وفي لفظ عن الشعبي، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من ترك دابة بمهلكة، فأحياها رجل، فهي لمن أحياها»

ولأن في الحكم بملكها إحياءها وإنقاذها من الهلاك، وحفظا للمال عن الضياع، ومحافظة على حرمة الحيوان، وفي القول بأنها لا تملك تضييع لذلك كله، من غير مصلحة تحصل، ولأنه نبذ رغبة عنه وعجزا عن أخذه، فملكه آخذه، كالساقط من السنبل، وسائر ما ينبذه الناس رغبة عنه.

[فصل ترك متاعا فخلصه إنسان]

(٤٥٥٤) فصل: وإن ترك متاعا، فخلصه إنسان، لم يملكه؛ لأنه لا حرمة له في نفسه، ولا يخشى عليه التلف، كالخشية على الحيوان، فإن الحيوان يموت إذا لم يطعم ويسقى، وتأكله السباع، والمتاع يبقى حتى يرجع إليه صاحبه. وإن كان المتروك عبدا، لم يملك بأخذه؛ لأن العبد في العادة يمكنه التخلص إلى الأماكن التي يعيش فيها، بخلاف البهيمة. وله أخذ العبد والمتاع ليخلصه لصاحبه، وله أجر مثله في تخليص المتاع. نص عليه، وكذلك في العبد على قياسه

قال القاضي: يجب أن يحمل قوله في وجوب الأجر، على أنه جعل له ذلك أو أمره به، فأما إن لم يجعل له شيئا، فلا جعل له؛ لأنه عمل في مال غيره بغير جعل، فلم يستحق شيئا، كالملتقط. وهذا خلاف ظاهر كلام أحمد؛ فإنه لو جعل له جعلا لاستحقه، ولم يجعل له أجر المثل، ويفارق هذا الملتقط، فإن الملتقط لم يخلص اللقطة من الهلاك، ولو تركها أمكن أن يرجع صاحبها فيطلبها من مكانها فيجدها، وها هنا إن لم يخرجه هذا ضاع وهلك، ولم يرجع إليه صاحبه، ففي جعل الأجر فيه حفظ للأموال من غير مضرة، فجاز ذلك كالجعل في الآبق.

ولأن اللقطة جعل فيها الشارع ما يحث على أخذها، وهو ملكها إن لم يجئ صاحبها، فاكتفي به عن الأجر، فينبغي أن يشرع في هذا ما يحث على تخليصه بطريق الأولى، وليس إلا الأجر. فأما ما ألقاه ركاب البحر فيه، خوفا من الغرق، فلم أعلم لأصحابنا فيه قولا، سوى عموم قولهم الذي ذكرناه. ويحتمل أن يملك هذا من أخذه. وهو قول الليث بن سعد. وبه قال الحسن، في من أخرجه، قال:." [١]

"وما نضب عنه الماء فهو لأهله. وقال ابن المنذر: يرده على أصحابه، ولا جعل له. ويقتضيه قول الشافعي والقاضي؛ لما تقدم. ومقتضى قول الإمام أبي عبد الله، أن لمن أنقذه أجر مثله؛ لما ذكرنا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١١٠

ووجه ما ذكرناه من الاحتمال أن هذا مال ألقاه صاحبه فيما يتلف بتركه فيه اختيارا منه، فملكه من أخذه، كالذي ألقوه رغبة عنه، ولأن فيما ذكروه تحقيقا لإتلافه، فلم يجز، كمباشرته بالإتلاف. فأما إن انكسرت السفينة، فأخرجه قوم، فقال مالك: يأخذ أصحاب المتاع متاعهم، ولا شيء للذي أصابوه. وهذا قول الشافعي، وابن المنذر، والقاضي. وعلى قياس نص أحمد يكون لمستخرجه أجر المثل؛ لأن ذلك وسيلة إلى تخليصه، وحفظه لصاحبه، وصيانته عن الغرق.

فإن الغواص إذا علم أنه يدفع إليه الأجر، بادر إلى التخليص ليخلصه، وإن علم أنه يؤخذ منه بغير شيء، لم يخاطر بنفسه في استخراجه، فينبغي أن يقضى له بالأجر، كجعل رد الآبق.

[فصل التقط عبدا صغيرا أو جارية]

(٤٥٥٥) فصل: ذكر القاضي فيما إذا التقط عبدا صغيرا، أو جارية، أن قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف. وقال الشافعي: يملك العبد دون الجارية، لأن التملك بالتعريف عنده اقتراض، والجارية عنده لا تملك بالقرض. وهذه المسألة فيها نظر؛ فإن اللقيط محكوم بحريته، فإن كان ممن يعبر عن نفسه، فأقر بأنه مملوك، لم يقبل إقراره؛ لأن الطفل لا قول له، ولو اعتبر قوله في ذلك، لاعتبر في تعريفه سيده. والله أعلم.." (١)

"أحدهما لا يقر في يده؛ لأن بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه، فلم يقر في يده المنتقل عنه، قياسا على المنتقل به إلى البادية.

والثاني، يقر في يده؛ لأن ولايته ثابتة، والبلد الثاني كالأول في الرفاهية، فيقر في يده، كما لو انتقل من أحد جانبي البلد إلى الجانب الآخر، وفارق المنتقل به إلى البادية؛ لأنه يضر به بتفويت الرفاهية عليه. وإن التقطه من البادية فله نقله إلى الحضر؛ لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين. وإن أقام به في حلة يستوطنها، فله ذلك. وإن كان ينتقل به في المواضع، احتمل أن يقر في يديه؛ لأن الظاهر أنه ابن بدويين، وإقراره في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسبه

ويحتمل أن يؤخذ منه، فيدفع إلى صاحب قرية؛ لأنه أرفه له، وأخف عليه. وكل موضع قلنا: ينزع من ملتقطه. فإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع إليه، ممن هو أولى به. فإن لم يوجد من يقوم به، أقر في يدي ملتقطه؛ لأن إقراره في يديه مع قصوره، أولى من إهلاكه. وإن لم يوجد إلا مثل ملتقطه، فملتقطه أولى به، إذ لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١١١

فائدة في نزعه من يده، ودفعه إلى مثله.

[فصل ليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ إذا وجد من يلتقطه سواه]

(٤٥٦٧) فصل: وليس للعبد التقاط الطفل المنبوذ، إذا وجد من يلتقطه سواه؛ لأن منافعه لسيده؛ فلا يذهبها في غير نفعه إلا بإذنه، ولأنه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية، ولا ولاية لعبد. فإن التقطه لم يقر في يديه، إلا أن يأذن له السيد، فإن أذن له، أقر في يديه؛ لأنه استعان به في ذلك، فصار كما لو التقطه بيده وسلمه إليه. قال ابن عقيل: إن أذن له السيد لم يكن له الرجوع بعد ذلك، وصار كما لو التقطه. والحكم في الأمة كالحكم في المكاتب. فأما إن لم يجد أحدا يلتقطه سواه، وجب التقاطه؛ لأنه تخليص له من الهلاك، فأشبه تخليصه من الغرق

والمدبر، وأم الولد، والمعلق عتقه بصفة، كالقن، وكذلك المكاتب، رأنه ليس له التبرع بماله، ولا بمنافعه، إلا أن يأذن له سيده في ذلك.

[فصل ليس للكافر التقاط مسلم]

(٤٥٦٨) فصل: وليس للكافر التقاط مسلم؛ لأنه لا ولاية لكافر على مسلم، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويعلمه الكفر، بل الظاهر أنه يربيه على دينه، وينشأ على ذلك، كولده. فإن التقطه لم يقر في يده. وإن كان الطفل محكوما بكفره، فله التقاطه؛ لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض.

[فصل التقطه اثنان وتناولاه تناولا واحدا]

(٤٥٦٩) فصل: وإن التقطه اثنان، وتناولاه تناولا واحدا، لم يخل من ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون ممن يقر في يديه، كالمسلم العدل الحر، والآخر ممن لا يقر في يديه، كالكافر." (١)

"إذا كان اللقيط مسلما، والفاسق، والعبد إذا لم يأذن له سيده، والمكاتب، فإنه يسلم إلى من يقر في يده، وتكون مشاركة هؤلاء له كعدمها؛ لأنه لو التقطه وحده لم يقر في يده، فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط أولى.

الثاني، أن يكونا جميعا ممن لا يقر في يدي واحد منهما، فإنه ينزع منهما، ويسلم إلى غيرهما.

الثالث أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد، إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر، مثل

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٢٠

أن يكون أحدهما موسرا والآخر معسرا، فالموسر أحق؛ لأن ذلك أحظ للطفل، وإن التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره، فالمسلم أحق. وقال أصحابنا، وأصحاب الشافعي: هما سواء؛ لأن للكافر ولاية على الكافر، ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه، فساوى المسلم في ذلك

ولنا أن دفعه إلى المسلم أحظ له؛ لأنه يصير مسلما، فيسعد في الدنيا والآخرة، وينجو من النار، ويتخلص من الجزية والصغار، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي إنما يتعلق به توسعة عليه في الإنفاق، وقد يكون الموسر بخيلا، فلا تحصل التوسعة. فإن تعارض الترجيحان، فكان المسلم فقيرا والكافر موسرا، فالمسلم أولى؛ لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره. وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر، ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل؛ لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار، وربما تخلق بأخلاقه، وتعلم من جوده.

الرابع أن يتساويا في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين، فهما سواء فيه، فإن رضي أحدهما بإسقاط حقه، وتسليمه إلى صاحبه جاز؛ لأن الحق له، فلا يمنع من الإيثار به. وإن تشاحا، أقرع بينهما؛ لقول الله تعالى: ﴿وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم﴾ [آل عمران: ٤٤] . ولأنه لا يمكن كونه عندهما؛ لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة. وإن تهايآه، فجعل عند كل واحد يوما أو أكثر من ذلك، أضر بالطفل؛ لأنه تختلف عليه الأغذية والأنس والإلف.

ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة؛ لأن حقهما متساو، فتعيين أحدهما بالتحكم لا يجوز، فتعين الإقراع بينهما، كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة، وبين النساء في البداية بالقسمة، وبين العبيد في الإعتاق. والرجل والمرأة سواء، ولا ترجح المرأة ها هنا، كما ترجح في حضانة ولدها على أبيه؛ لأنها رجحت ثم لشفقتها على ولدها، وتوليها لحضانته بنفسها، والأب يحضنه بأجنبية، فكانت أمه أحظ له وأرفق به، أما ها هنا، فإنها أجنبية من اللقيط، والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا. ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على ما ذكرناه

فإن كان أحدهما مستور الحال، والآخر ظاهر العدالة، احتمل أن يرجح العدل؛ لأن المانع من." [1]

"الالتقاط منتف في حقه بغير شك، والأمر مشكوك فيه، فيكون الحظ للطفل في تسليمه إليه أتم. ويحتمل أن يتساويا؛ لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع، فلا يؤثر الترجيح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٢١

[فصل رأيا اللقيط جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه]

(٤٥٧٠) فصل: وإن رأياه جميعا، فسبق أحدهما فأخذه، أو وضع يده عليه، فهو أحق به؛ لقوله – عليه السلام –: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به» . وإن رآه أحدهما قبل صاحبه، فسبق إلى أخذه الآخر، فالسابق إلى أخذه أحق؛ لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية. ولو قال أحدهما لصاحبه: ناولنيه. فأخذه الآخر، نظرنا إلى نيته، فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق، كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه، وإن نوى مناولته فهو للآمر؛ لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه، فأشبه ما لو توكل له في تحصيل مباح.

[فصل اختلفا فقال كل واحد منهما أنا التقطته]

(٤٥٧١) فصل: فإن اختلفا، فقال كل واحد منهما: أنا التقطته. ولا بينة لأحدهما، وكان في يد أحدهما، فالقول قوله مع يمينه أنه التقطه. ذكر ذلك أبو الخطاب. وهذا قول الشافعي. وقال القاضي: قياس المذهب أنه لا يحلف، كما في الطلاق والنكاح. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم؛ ولكن اليمين على المدعى عليه» . رواه مسلم. فإن كان في أيديهما أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه، حلف وسلم إليه. وعلى قول القاضي: لا تشرع اليمين ها هنا، ويسلم إليه بمجرد وقوع القرعة له. وإن لم يكن في يد واحد منهما، فقال القاضي، وأبو الخطاب: يسلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما؛ لأنه حق لهما. والأولى أن يقرع بينهما، كما لو كان في أيديهما؛ لأنهما تنازعا حقا في يد غيرهما، فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما. فإن وصفه أحدهما، مثل أن يقول: في ظهره شامة، أو بجسده علامة. وذكر شيئا في جسده مستورا، فقال أبو الخطاب: يقدم بالصفة. وهو قول أبي حنيفة. وقال الشافعي: لا يقدم بالصفة، كما لو وصف المدعي، فإنه لا تقدم به دعواه. ولنا أن هذا نوع من اللقطة، فقدم بوصفها، كلقطة المال، ولأن ذلك يدل على قوة يده، فكان مقدما بها. و قياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها؛ لأن اللقيط لقطة أيضا. وإن كان لأحدهما بينة، قدم بها. وإن كان لكل واحد منهما بينة، قدم أسبقهما تاريخا؛ لأن الثاني إنما أخذ ممن قد." [1]

"ولم يرث. وهذا في معنى ما ذكرنا؛ لأن إقراره لوارث غير مقبول، فمنعنا ميراثه ليقبل إقراره له بالإعتاق.

[فصل مريض اشترى أباه بألف لا مال له سواه]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٢٢

(٤٦٠٠) فصل: مريض اشترى أباه بألف، لا مال له سواه، فعلى رواية الخبري، يعتق كله. وعلى القول الآخر يعتق ثلثه على المعتق، ويعتق باقيه على ابنه. وهذا قول مالك. وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثه، ويسعى للابن في ثلثيه. وعلى قول صاحبيه، يعتق سدسه، ويسعى في خمسة أسداسه. وقيل على قياس قول الشافعي: يفسخ الشراء، إلا أن يجيز الابن عتقه. وقيل: يعتق ثلثه. ويفسخ البيع في ثلثيه. وإن خلف ألفين سواه، عتق، وورث سدسهما. وبه قال مالك، وأبو حنيفة. وفي قول صاحبيه، يعتق نصفه، ويسعى في قيمة نصفه.

[فصل وهب الإنسان أبوه أو وصي له به]

(٤٦٠١) فصل: وإذا وهب الإنسان أبوه، أو وصى له به، استحب له أن يقبله، ولم يجب. وهذا قول الشافعي. ويحتمل أن يجب عليه قبوله؛ لأن فيه إعتاقا لأبيه من غير التزام مال. ولنا، أنه استجلاب ملك على الأب، فلم يلزمه، كما لو بذل له بعوض، أو كما لو بذل له ابنه أو غيره من أقاربه، ولأنه يلزمه ضرر بلحوق المنة به، وتلزمه نفقته وكسوته.

[فصل وصى لوارثه وأجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث]

(٤٦٠٢) فصل: إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلثه، فأجاز سائر الورثة وصية الوارث، فالثلث بينهما. وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث، فأجاز سائر الورثة وصية الوارث، جازت الوصية لهما. وإن ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين، وللأجنبي السدس في الأولى، والمعين الموصى له به في الثانية. وهذا قول مالك، والشافعي وأصحاب الرأي، وغيرهم. وإن كانت الوصيتان بثلثي ماله، فأجاز الورثة لهما. جازت لهما. وإن عينوا نصيب الوارث بالرد وحده، فللأجنبي الثلث كاملا؛ لأنهم خصوا الوارث بالإبطال، فالثلث كله للأجنبي، وسقطت وصية الوارث، فصار كأنه لم يوص له. وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما، فالثلث الباقي بين الوصيين، لكل واحد منهما السدس. هذا الذي ذكره القاضي. وهو قول مالك، والشافعي.

وذلك لأن الوارث يزاحم الأجنبي، إذا أجاز الورثة الوصيتين، فيكون لكل واحد منهما الثلث، فإذا أبطلوا نصفهما بالرد، كان البطلان راجعا إليهما، وما بقي منهما بينهما، كما لو تلف ذلك بغير الرد. واختار أبو

الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي. وحكي نحو هذا عن أبي حنيفة؛ لأنهم لا يقدرون على إبطال الثلث فما دون إذا كان للأجنبي، ولو جعلنا." (١)

"والقول قوله في الجهل به مع يمينه؛ لأن الأصل عدم العلم. ويحتمل أن لا يقبل قوله؛ لأنه أجاز عقدا له الخيار في فسخه، فبطل خياره، كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب أو خيار. وإن أوصى بمعين، كعبد أو فرس يزيد على الثلث، فأجاز الوصية بها، ثم قال: ظننت المال كثيرا تخرج الوصية من ثلثه، فبان قليلا، أو ظهر عليه دين لم أعلمه. لم تبطل الوصية؛ لأن العبد معلوم لا جهالة فيه. ويحتمل أن يملك الفسخ؛ لأنه قد يسمح بذلك ظنا منه أنه يبقى له من المال ما يكفيه، فإذا بان خلاف ذلك، لحقه الضرر في الإجازة فملك الرجوع كالمسألة التي قبلها.

[فصل لا تصح إجازة الوصية إلا من جائز التصرف]

(٤٦٠٨) فصل: ولا تصح الإجازة إلا من جائز التصرف. فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه، فلا تصح الإجازة منهم؛ لأنها تبرع بالمال، فلم تصح منهم، كالهبة. وأما المحجور عليه لفلس، فإن قلنا: الإجازة هبة. لم تصح منه؛ لأنه ليس له هبة ماله. وإن قلنا: هي تنفيذ صحت.

[مسألة أوصي له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث]

(٤٦٠٩) مسألة قال: (ومن أوصي له، وهو في الظاهر وارث، فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث، فالوصية له ثابتة؛ لأن اعتبار الوصية بالموت) لا نعلم خلافا بين أهل العلم، في أن اعتبار الوصية بالموت، فلو أوصى لثلاثة إخوة له متفرقين، ولا ولد له، ومات قبل أن يولد له ولد، لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب، إلا بالإجازة من الورثة. وإن ولد له ابن، صحت الوصية لهم جميعا من غير إجازة، إذا لم تتجاوز الوصية الثلث. وإن ولدت له بنت، جازت الوصية لأخيه من أبيه وأخيه من أمه، فيكون لهما ثلثا الموصى به بينهما نصفين، ولا يجوز للأخ من الأبوين؛ لأنه وارث. وبهذا يقول الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي، وغيرهم. ولا نعلم عن غيرهم خلافهم. ولو أوصى لهم، وله ابن، فمات ابنه قبل موته، لم تجز الوصية لأخيه من أبويه، ولا لأخيه من أمه، وجازت لأخيه من أبيه. فإن مات الأخ من الأبوين قبل موته، لم تجز الوصية للأخ من الأب أيضا؛ لأنه صار وارثا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٤٤

[فصل أوصى لامرأة أجنبية أو أوصت له ثم تزوجها]

(٤٦١٠) فصل: ولو أوصى لامرأة أجنبية، أو أوصت له، ثم تزوجها، لم تجز وصيتهما إلا بالإجازة من الورثة. وإن أوصى أحدهما للآخر، ثم طلقها، جازت الوصية، لأنه صار غير وارث، إلا أنه إن طلقها في مرض موته، ف قياس المذهب أنها لا تعطى أكثر من ميراثها؛ لأنه يتهم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية، فلم ينفذ لها ذلك، كما لو طلقها في مرض موته أو أوصى لها بأكثر مما كانت ترث.." [١]

"[مسألة موت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي]

(٤٦٢١) مسألة: قال: (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد، قام وارثه في ذلك مقامه، إذا كان موته بعد موت الموصي) اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول والرد، بعد موت الموصي، فذهب الخرقي إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد؛ لأنه حق ثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته، لقوله - عليه السلام -: «من ترك حقا فلورثته» . وكخيار الرد بالعيب، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن الوصية تبطل؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله، بطل العقد، كالهبة. قال القاضي: هو قياس المذهب؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه، فبطل بالموت، كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة. وقال أصحاب الرأي: تلزم الوصية في حق الوارث، وتدخل في ملكه حكما بغير قبول؛ لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصي، وإنما الخيار للموصى له، فإذا مات، بطل خياره، ودخل في ملكه، كما لو اشترى شيئا على أن الخيار له، فمات قبل انقضائه. ولنا، على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له، أنها عقد لازم من أحد الطرفين، فلم تبطل بموت من له الخيار، كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له، فلا يبطل بموت الآخر، كالذي ذكرنا. ويفارق الهبة والبيع قبل القبول، من الوجهين اللذين ذكرناهما، وهو أنه جائز من الطرفين، ويبطل بموت الموجب له، ولا يصح قياسه على الخيارات؛ لأنه لم يبطل الخيار، ويلزم العقد، فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي. ولنا، على إبطال قولهم أنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك، فلم يلزم قبل القبول، كالبيع والهبة. إذا ثبت هذا، فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت، قام الوارث فيه مقامه. فعلى هذا، إن رد الوارث الوصية بطلت، وإن قبلها صحت، وثبت الملك به. وإن كان الوارث جماعة، اعتبر القبول أو الرد من جميعهم، فإن رد بعضهم وقبل بعض، ثبت للقابل حصته، وبطلت الوصية في حق من رد. فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف، قام وليه مقامه في القبول والرد، وليس له أن يفعل إلا ما

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٨/٦

للمولى عليه الحظ فيه، فإن فعل غيره لم يصح، فإذا كان الحظ في قبولها فردها، لم يصح رده، وكان له قبولها بعد ذلك. وإن كان الحظ في ردها فقبلها، لم يصح قبوله؛ لأن الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ما له الحظ فيه. فلو أوصى لصبي بذي رحم له يعتق بملكه له، وكان على الصبي ضرر في ذلك، بأن تلزمه نفقة الموصى به، لكونه فقيرا لا كسب له، والمولى عليه موسر، لم يكن له قبول الوصية، وإن لم يكن عليه ضرر لكون." (١)

"أي مثلاه. وإفراده لا بأس به إلا أن التثنية أحسن. يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد، وكلاهما يراد به المثلان، وإذا استعملوه على هذا الوجه وجب اتباعهم فيه وإن خالف ال قياس. وقال أبو عبيدة معمر بن المثني: ضعف الشيء هو مثله، وضعفاه هو مثلاه، وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله، وعلى هذا.

[فصل قال أوصيت لك بضعفي نصيب ابني]

(٤٦٣٠) فصل: وإن قال: أوصيت لك بضعفي نصيب ابني. فله مثلا نصيبه. وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله. هذا الصحيح عندي. وهو قول أبي عبيد. وقال أصحابنا: إن أوصى بضعفيه، فله ثلاثة أمثاله. وإن أوصى بثلاثة أضعافه، فله أربعة أمثاله وعلى هذا كلما زاده ضعفا زاد مرة. وهذا قول الشافعي. واحتجوا بقول أبي عبيدة وقد ذكرناه. وقال أبو ثور: ضعفاه أربعة أمثاله، وثلاثة أضعافه ستة أمثاله؛ لأنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثلاه، فتثنيته مثلا مفرده، كسائر الأسماء. ولنا، قول الله تعالى: ﴿فآتت أكلها ضعفين﴾ [البقرة: ٢٦٥] . قال عكرمة: تحمل في كل عام مرتين وقال عطاء: أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين. ولا خلاف بين المفسرين فيما علمت في تفسير قوله تعالى: ﴿يضاعف لها العذاب ضعفين﴾ [الأحزاب: ٣٠] . أن المراد به مرتين. وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿نؤتها أجرها مرتين﴾ [الأحزاب: ٣١] . ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات، فإن الله تعالى إنما يريد تضعيف الحسنات على السيئات، وهذا المعهود من كرمه وفضله، وأما قول أبي عبيدة فقد خالفه غيره، وأنكروا قوله. قال ابن عرفة: لا أحب قول أبي عبيدة في: ﴿يضاعف لها العذاب ضعفين﴾ [الأحزاب: ٣٠] . لأن الله تعالى قال في آية أخرى: ﴿نؤتها أجرها مرتين﴾ [الأحزاب: ٣١] . فأعلم أن لها من هذا حظين، ومن هذا حظين. وقد نقل معاوية بن هشام النحوي، عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفردا بمعنى واحد. وموافقة العرب على لسانهم، مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٥٥

أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله، مع مخالفة ال قياس ونسبة الخطأ إليه أولى من تخطئة ما ذكرناه. وأما قول أبي ثور، فظاهر الفساد؛ لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية، ولا يجوز التمسك بمجرد ال قياس المخالف للنقل، فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلا بغير قياس. والله أعلم.

[فصل وصى بمثل نصيب من لا نصيب له]

فصل: وإن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له، مثل أن يوصي بنصيب ابنه، وهو ممن لا يرث لكونه رقيقا أو مخالفا لدينه، أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه، فلا شيء للموصى له؛ لأنه لا نصيب له، فمثله لا شيء له.." (١)

"وأوصى بمثل نصيبها، ف قياس قولنا أن المال بينهما نصفين. و قياس قول من لا يرى الرد أنها من سبعة، لكل واحد منهما السبع، والباقي لبيت المال. و قياس قول مالك أن للموصى له السدس، وللجدة سدس ما بقي، والباقي لبيت المال.

[فصل خلف ثلاثة بنين وأوصي لثلاثة بمثل أنصبائهم]

فصل وإذا خلف ثلاثة بنين، وأوصى لثلاثة بمثل أنصبائهم، فالمال بينهم على ستة إن أجازوا، وإن ردوا فمن تسعة، للموصى لهم الثلث ثلاثة، والباقي بين البنين على ثلاثة. فإن أجازوا لواحد وردوا على اثنين، فللمردود عليهما التسعان اللذان كانا لهما في حال الرد عليهم، وفي المجاز له وجهان؛ أحدهما، له السدس الذي كان له في حال الإجازة للجميع وهذا قول أبي يوسف، وابن شريح، فيأخذ السدس والتسعين من مخرجهما، وهو ثمانية عشر، يبقى أحد عشر بين البنين، على ثلاثة لا يصح، فيضرب عددهم في ثمانية عشر، تكن أربعة وخمسين، للمجاز له السدس تسعة، ولكل واحد من صاحبيه ستة، ولكل ابن أحد عشر. والوجه الثاني، أن يضم المجاز له إلى البنين، ويقسم الباقي بعد التسعين عليهم، وهم أربعة، لا تنقسم، فتضرب أربعة في تسعة، تكن ستة وثلاثين، فإن أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين، أتموا لكل واحد منهم تمام سدس المال، فيصير المال بينهم أسداسا على الوجه الأول، وعلى الوجه الآخر يضمون ما حصل لهم، وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين، إلى ما حصل لهما وهو ثمانية، ثم يقتسمونه بينهم على خمسة، ولا يصح،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٦٣

فتضرب خمسة في ستة وثلاثين، تكن مائة وثمانين، ومنها تصح. وإن أجاز أحد البنين لهم، ورد الآخران عليهم، فللمجيز السدس، وهو ثلاثة من ثمانية عشر، وللذين لم يجيزا أربعة أتساع، ثمانية، تبقى سبعة بين الموصى لهم على ثلاثة، اضربها في ثمانية عشر، تكن أربعة وخمسين. وإن أجاز واحد لواحد، دفع إليه ثلث ما في يده من الفضل، وهو ثلث سهم من ثمانية عشر، فاضربها في ثلاثة، تكن أربعة وخمسين. والله أعلم.

[فصل وصى لرجل بجزء مقدر ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته]

(٤٦٣٧) فصل وإذا وصى لرجل بجزء مقدر، ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته، ففيها وجهان؛ أحدهما، يعطى الجزء لصاحبه، ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له، كأنه ذلك الوارث إن أجازوا. وإن ردوا، قسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الإجازة، والثلثان بين الورثة. والوجه الثاني، أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث، كأن لا وصية سواها. وهذا قول." [1]

"أنصباء، والمال كله ستة للوصيين والبنين لكل واحد سهم. (طريق آخر) سهام البنين أربعة، وهي بقية مال ذهب خمسه، فزد عليه ربعه للوصي الثاني، صارت خمسة، ثم زد على سهم ابن ما يكمل به الثلث، وهو سهم آخر فصارت ستة. وإن شئت فرضت المال خمسة أسهم وتكملة، ودفعت التكملة إلى صاحبها، وخمس الباقي إلى صاحبه، ويبقى لكل ابن سهم. وقد علمت أن سهم ابن مع التكملة ثلث المال، وأن الباقي بعدهما الثلثان، وهي أربعة أسهم، فقابل بهما نصف الأربعة، وهي سهمان فتبين أن التكملة سهم.

[فصل أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث ولآخر بدرهم]

(٤٦٤٧) فصل وإن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه، وهم ثلاثة، ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث، ولآخر بدرهم، فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أيضا، فادفع إلى الوصي الأول نصيبا، وإلى الثاني والثالث درهمين، بقي سبعة ونصيبان، ادفع نصيبين إلى ابنين، يبقى سبعة للابن الثالث، فالنصيب سبعة، والمال ثلاثون، فإن كانت الوصية الثالثة بدرهمين، فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون.

[فصل ترك ستمائة ووصى لأجنبي بمائة ولآخر بتمام الثلث]

(٤٦٤٨) فصل: وإن ترك ستمائة، ووصى لأجنبي بمائة، ولآخر بتمام الثلث، فلكل واحد منهما مائة، فإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٦٥

رد الأول وصيته فللآخر مائة. وإن وصى للأول بمائتين، وللآخر بباقي الثلث، فلا شيء للثاني، سواء رد الأول وصيته أو أجازها. وهذا قياس قول الشافعي، وأهل البصرة. وقال أهل العراق: إن رد الأول، فللثاني مائتان في المسألتين. ولنا، أن المائتين ليست باقي الثلث، ولا تتمته، فلا يكون موصى بها للثاني، كما لو قبل الأول. ولو وصى لوارث بثلثه، ولآخر بتمام الثلث، فلا شيء للثاني. وعلى قول أهل العراق، له الثلث كاملا.

[فصل أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة]

(٤٦٤٩) فصل: وإن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمائة، ولثالث بتمام الثلث على المائة، ولم يزد الثلث على مائة، بطلت وصية التمام. وإن زاد على مائة، وأجاز الورثة، أمضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به. وإن ردوا، ففيه وجهان؛ أحدهما، يرد كل واحد منهما إلى نصف وصيته؛ لأن الوصايا رجعت إلى نصفها، فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية، كسائر الوصايا. والثاني، لا شيء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها، ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين." (١)

"بثلثه، أو وصى بجميع ماله لرجل، ثم وصى به لآخر، فهو بينهما. ولا يكون ذلك رجوعا في الوصية الأولى. وبهذا قال ربيعة، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحاب الرأي

وقال جابر بن زيد، والحسن، وعطاء، وطاوس، وداود: وصيته للآخر منهما؛ لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول، فكان رجوعا، كما لو قال: ما وصيت به لبشر فهو لبكر. ولأن الثانية تنافي الأولى، فإذا أتى بها كان رجوعا، كما لو قال: هذا لورثتي. ولنا، أنه وصى لهما بها، فاستويا فيها، كما لو قال لهما: وصيت لكما بالجارية. وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر، وفي مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك، فلم تبطل وصية الآخر بالشك.

[فصل وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثلثه]

(٤٦٨٠) فصل: وإن وصى بعبد لرجل، ثم وصى لآخر بثلثه، فهو بينهما أرباعا. وعلى قول الآخرين، ينبغي أن يكون للثاني ثلثه كاملا. وإن وصى بعبده لاثنين، فرد أحدهما وصيته، فللآخر نصفه. وإن وصى لاثنين بثلثي ماله، فرد الورثة ذلك، ورد أحد الوصيين وصيته، فللآخر الثلث كاملا؛ لأنه وصى له به منفردا، وزالت

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٧٢

المزاحمة، فكمل له، كما لو انفرد به.

[فصل أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث]

(٤٦٨١) فصل: إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر، وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث، فرد الوارث الوصيتين، وكان الوارث رجلا عاقلا عدلا، وشهد بالوصية، حلف معه الموصى له، واشتركا في الثلث. وبهذا قال أبو ثور. وهو قياس قول الشافعي. وقال أصحاب الرأي: لا يشاركه المقر له. بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية. وقد ثبت «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بشاهد ويمين» . رواه مسلم

وإن كان المقر ليس بعدل، أو كان امرأة، فالثلث لمن ثبتت له البينة؛ لأن وصيته ثابتة، ولم تثبت وصية الآخر، وإن لم يكن لواحد منهما بيِنة، فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث، أو بهذا العبد، وأقر لفلان به بكلام متصل، فالمقر به بينهما. وبهذا قال أبو ثور، وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه مخالفا. وإن أقر به لواحد، ثم أقر به لآخر في مجلس آخر، لم يقبل إقراره؛ لأنه ثبت للأول بإقراره، فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الأول، إلا أن يكون عدلا، فيشهد بذلك، ويحلف معه المقر له، فيشاركه، كما لو ثبت للأول ببينة وإن أقر للثاني في المجلس بكلام متصل، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يقبل؛ لأن حق الأول ثبت في الجميع، فأشبه ما لو أقر له في مجلس آخر. والثاني، يقبل؛ لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة، فإن الخرقي قال: وإذا خلف ابنا وألف درهم، فأقر بها لرجل، ثم أقر بألف لآخر، فإن كان في مجلس واحد، فالألف بينهما، وإن كان في مجلسين، فهي للأول،." (١)

"أحدهما، يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما، كما لو أعتق العبدين فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما

والثاني، يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة، لأنه أوقع عتقا مشقصا فلم يكمله، بخلاف ما إذا أعتق العبدين، ولهذا إذا لم يخرج من الثلث إلا الشقصان أعتقناهما، ولم يقرع بينهما، ولم يكمله من أحدهما. ولو أوصى بإعتاق النصيبين، وأن يكمل عتقهما من ثلثه، ولم يخرج من الثلث إلا النصيبان وقيمة باقي أحدهما، أقرعنا بينهما، فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه، لأن الموصي أوصى بتكميل العتق، فجرى مجرى إعتاقهما، بخلاف التي قبلها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٨٧

[فصل ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض]

(٤٦٩٩) فصل: وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض، كالهبة والميراث، عتق، وورث المريض إذا مات. وبهذا قال مالك، وأكثر أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يعتق، ولا يرث؛ لأن عتقه وصية، فلا يجتمع مع الميراث. وهذا لا يصح؛ لأنه لو كان وصية لاعتبر من الثلث، كما لو اشتراه.

وجعل أهل العراق عتق الموهوب وصية، يعتبر خروجه من الثلث، فإن خرج من الثلث عتق وورث، وإن لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه، ولم يرث في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف، ومحمد: يحتسب بقيمته من ميراثه، فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه. ولنا، أن الوصية هي التبرع بماله بعطية أو إتلاف، أو التسبب إلى ذلك، ولم يوجد واحد منهما؛ لأن العتق ليس من فعله، ولا يقف على اختياره، وقبول الهبة ليس بعطية

ولا إتلاف لماله، وإنما هو تحصيل شيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه، أو لما يتلف ببقائه. في وقت لا يمكنه التصرف فيه، وفارق الشراء؛ فإنه تضييع لماله في ثمنه. وقال القاضي: هذا الذي ذكرناه قياس قول أحمد؛ لأنه قال في مواضع: إذا وقف في مرضه على ورثته صح، ولم يكن وصية؛ لأن الوقف ليس بمال؛ لأنه لا يباع ولا يورث. قال الخبري: هذا قول أحمد وابن الماجشون وأهل البصرة، ولم يذكر فيه عن أحمد خلافا

فأما إن اشترى من يعتق عليه، فقال القاضي: إن حمله الثلث عتق وورثه. وهذا قول مالك وأبي حنيفة. وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث، ويرث بقدر ما فيه من الحرية، وباقيه على الرق، فإن كان الوارث ممن يعتق عليه إذا ملكه، عتق عليه إذا ورثه. وقال أبو يوسف ومحمد: لا وصية لوارث، ويحتسب بقيمته من ميراثه، فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه. وقال بعض أصحاب مالك: يعتق من رأس المال، ويرث كالموهوب والموروث

وهو قياس." (١)

"قوله، لكونه لم يجعل الوقف وصية وإجازة للوارث، فهذا أولى؛ لأن العبد لا يملك رقبته، فيجعل ذلك وصية له، ولا يجوز أن يجعل الثمن وصية له؛ لأنه لم يصل إليه، ولا وصية للبائع؛ لأنه قد عاوض عنه، وإنما هو كبناء مسجد وقنطرة، في أنه ليس بوصية لمن ينتفع به، فلا يمنعه ذلك الميراث. واختلف أصحاب

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٦/٦

الشافعي في قياس قوله، فقال بعضهم: إذا حمله الثلث عتق وورث؛ لأن عتقه ليس بوصية له، على ما ذكرنا

وقيل: يعتق ولا يرث؛ لأنه لو ورث لصارت وصية لوارث، فتبطل وصيته، ويبطل عتقه وإرثه، فيفضي توريثه إلى إبطال توريثه، فكان إبطال توريثه أولى. وقيل على مذهبه: شراؤه باطل؛ لأن ثمنه وصية، والوصية تقف على خروجها من الثلث، أو إجازة الورثة، والبيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفا. ومن مسائل ذلك: مريض وهب له ابنه، فقبله، وقيمته مائة، وخلف مائتي درهم وابنا آخر، فإنه يعتق، وله مائة ولأخيه مائة

وهذا قول مالك. وأبي حنيفة، والشافعي. وقيل، على قول الشافعي: لا يرث، والمائتان كلها للابن الحر. وقال أبو يوسف، ومحمد: يرث نصف نفسه، ونصف المائتين، ويحتسب بقيمة نصف الباقي من ميراثه. إن كان قيمته مائتين، وبقية التركة مائة، عتق من رأس المال، والمائة بينه وبين أخيه. وبهذا قال مالك، والشافعي

وقال أبو حنيفة: يعتق منه نصفه، لأنه قدر ثلث التركة، ويسعى في قيمة باقيه، ولا يرث؛ لأن المستسعى عنده كالعبد لا يرث إلا في أربعة مواضع: الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه. والمرأة تعتق عبدها على أن يتزوجها، فيأبيان ذلك. والعبد الموهوب يعتقه سيده. والمشتري للعبد يعتقه قبل قبضه وهما معسران. ففي هذه المواضع يسعى كل واحد في قيمته، وهو حر يرث

وقال أبو يوسف، ومحمد: يرث نصف التركة، وذلك ثلاثة أرباع رقبته، ويسعى في ربع قيمته لأخيه. وإن وهب له ثلاث أخوات متفرقات، لا مال له سواهن، ولا وارث، عتقن من رأس الم‍ال. وهذا قول مالك. وإن كان اشتراهن فكذلك، فيما ذكره الخبري عن أحمد. وهو قول ابن الماجشون، وأهل البصرة، وبعض أصحاب مالك، وعلى قول القاضي، يعتق ثلثهن، في أحد الوجهين

وهو قول مالك، وفي الآخر يعتقن كلهن؛ لكون وصية من لا وارث له جائزة في جميع ماله، في أصح الروايتين. وإن ترك مالا يخرجن من ثلثه عتقن وورثن.

وقال أبو حنيفة: إذا اشتراهن أو وهبن له، ولا مال له سواهن، ولا وارث، عتقن، وتسعى كل واحدة من الأخت للأب والأخت للأم في نصف قيمتها للأخت من الأب والأم، وإنما لم يرثا؛ لأنهما لو ورثا لكان لهما خمسا الرقاب، وذلك رقبة وخمس، بينهما نصفين، فكان يبقى عليهما سعاية، إذا بقيت عليهما سعاية

لم يرثا، وكانت لهما الوصية، وهي رقبة بينهما نصفين

وأما الأخت." (١)

"ولو اشترى المريض ابني عم له بألف، لا يملك غيره وقيمة كل واحد منهما ألف، فأعتق أحدهما، ثم وهبه أخاه، ثم مات وخلفهما وخلف مولاه، فإن قياس قول القاضي، إن شاء الله، أن يعتق ثلثا المعتق، إلا أن يجيز المولى عتق جميعه، ثم يرث بثلثيه ثلثي بقية التركة، فيعتق منه ثمانية أتساعه، ويبقى تسعه وثلث أخيه للمولى. ويحتمل أن يعتق كله، ويرث أخاه، فيعتقان جميعا، لأنه يصير بالإعتاق وارثا لثلثي التركة، فتنفذ إجازته في إعتاق باقيه، فتكمل له الحرية، ثم يكمل الميراث له

وفي قياس قول أبي الخطاب: يعتق ثلثاه، ولا يرث؛ لأنه لو ورث لكان إعتاق وصية له، فيبطل إعتاقه، ثم يبطل إرثه، فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه. وهذا قول للشافعي، ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للمولى. وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثا المعتق، ويسعى في قيمة ثلثه، ولا يرث. وقال أبو يوسف، ومحمد: يعتق كله، ويعتق عليه أخوه بالهبة، ويكونان أحق بالميراث من المولى، فإن كان للميت مال سواهما، أخذ ذلك المال بالميراث، ويغرم المعتق لأخيه الموهوب نصف قيمة نفسه ونصف قيمة أخيه؛ لأن عتق الأول وصية له، ولا وصية لوارث.

وقد صار وارثا مع أخيه، فورث نصف قيمة رقبته، ونصف قيمة أخيه، وورث أخوه الباقي، وكان أخوه الموهوب له هبة من المريض له، فعتق بقرابته منه، ولم يعتق من المريض، فلم يكن عتقه وصية، بل استهلكها بالعتق الذي جرى فيها، فيغرم الأول نصف قيمته ونصف قيمة أخيه لأخيه. وأما قول أبي حنيفة، فإن كان الميت لم يدع وارثا غيرهما عتقا، وغرم الأول لأخيه نصف قيمة أخيه، ولم يغرم له نصف قيمة نفسه؛ لأنه إذا لم يدع وارثا، جازت وصيته؛ لأنهما لا يرثان، ولا يعتقان حتى تجوز وصية الأول، لأنه متى بقيت عليه سعاية، لم يرث واحد منهما، ولم يعتق، فلا بد من أن ينفذ للمعتق وصية ليصير حرا فيعتق أخوه بعتقه، وقد جازت له الوصية في جميع رقبته

؛ لأن الميت إذا لم يدع وارثا، جازت وصيته بجميع ماله، ويرثان جميعا، ويرجع الثاني على الأول بنصف قيمته؛ لأنه يقول: قد صرت أنا وأنت وارثين، فلا تأخذ من الميراث شيئا دوني، وقد كانت رقبتي لك وصية وعتقت من قبلك، فاضمن لي نصف رقبتي. فإن كان معسرا وهناك مال غيرهما، أخذ الثاني نصفه، ثم أخذ من النصف الثاني نصف قيمة نفسه، وكان ما بقي ميراثا لأخيه الأول.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٩٧

[فصل كان للمريض ثلاثة آلاف فتبرع بألف ثم اشترى أباه مما بقي وله ابن]

(٤٧٠١) فصل: وإذا كان للمريض ثلاثة آلاف، فتبرع بألف، ثم اشترى أباه مما بقي وله ابن، فعلى قول من قال ليس الشراء وصية: يعتق الأب وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت، وما بقي فللأب سدسه، وباقيه للابن. على قول القاضي ومن جعله وصية: لا يعتق أب؛ لأن تبرع المريض إنما ينفذ في الثلث، ويقدم الأول فالأول، وإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء، ويرثه الابن، فيعتق." [١]

"والثاني، أنهم لا يملكون الاعتراض عليه، ولا مشاركته. وهو قياس قول أحمد، ومنصوص الشافعي. لأنه أدى واجبا عليه، فصح، كما لو اشترى شيئا فأدى ثمنه، أو باع بعض ماله وسلمه، ويفارق الوصية، فإنه لو اشترى ثيابا مثمنة صح، ولو وصى بتكفينه في ثياب مثمنة لم يصح، يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه، وقد صح عقيب البيع، فكذلك إذا تراخى، إذ لا أثر لتراخيه.

[فصل تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين]

(٤٧٠٥) فصل: وإذا تبرع المريض، أو أعتق، ثم أقر بدين، لم يبطل تبرعه. نص عليه أحمد، في من أعتق عبده في مرضه، ثم أقر بدين. عتق العبد، ولم يرد إلى الرق. وهذا لأن الحق يثبت بالتبرع في الظاهر، فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره.

[فصل الأمراض على أربعة أقسام في تصرف المريض في الوصية]

(٤٧٠٦) فصل: ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان؛ أحدهما، أن يتصل بمرضه الموت، ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه، ثم مات بعد ذلك، فحكم عطيته حكم عطية الصحيح؛ لأنه ليس بمرض الموت. الثاني، أن يكون مخوفا، والأمراض على أربعة أقسام؛ غير مخوف، مثل وجع العين، والضرس، والصداع اليسير، وحمى ساعة، فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح؛ لأنه لا يخاف منه في العادة

الضرب الثاني، الأمراض الممتدة؛ كالجذام، وحمى الربع، والفالج في انتهائه، والسل في ابتدائه، والحمى الغب، فهذا الضرب إن أضنى صاحبها على فراشه، فهي مخوفة، وإن لم يكن صاحب فراش، بل كان يذهب ويجيء، فعطاياه من جميع المال. قال القاضي: هذا تحقيق المذهب فيه. وقد روى حرب، عن أحمد، في وصية المجذوم والمفلوج: من الثلث. وهو محمول على أنهما صارا صاحبي فراش. وبه يقول الأوزاعي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٠٠

والثوري، ومالك، وأبو حنيفة وأصحابه، وأبو ثور. وذكر أبو بكر وجها في صاحب الأمراض الممتدة، أن عطيته من صلب المال

وهو مذهب الشافعي؛ لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه، وإن كان لا يبرأ فهو كالهرم. ولنا، أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف، فأشبه صاحب الحمى الدائمة، وأما الهرم فإن صار صاحب فراش، فهو كمسألتنا.." (١)

"الضرب الثالث، من تحقق تعجيل موته، فينظر فيه؛ فإن كان عقله قد اختل، مثل من ذبح، أو أبينت حشوته، فهذا لا حكم لكلامه ولا لعطيته، لأنه لا يبقى له عقل ثابت، وإن كان ثابت العقل، كمن خرقت حشوته، أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله، صح تصرفه وتبرعه، وكان تبرعه من الثلث، فإن عمر – رضي الله عنه – خرجت حشوته، فقبلت وصيته، ولم يختلف في ذلك. وعلي – رضي الله عنه – بعد ضرب ابن ملجم أوصى وأمر ونهى، فلم يحكم ببطلان قوله. الضرب الرابع، مرض مخوف، لا يتعجل موت صاحبه يقينا، لكنه يخاف ذلك، كالبرسام، وهو بخار يرقى إلى الرأس، ويؤثر في الدماغ، فيختل العقل، والحمى الصالب، والرعاف الدائم؛ لأنه يصفي الدم، فيذهب القوة، وذات الجنب وهو قرح بباطن الجنب، ووجع القلب والرئة؛ فإنها لا تسكن حركتها، فلا يندمل جرحها، والقولنج، وهو أن ينعقد الطعام في بعض الأمعاء، ولا ينزل عنه، فهذه كلها مخوفة، سواء كان معها حمى أو لم يكن، وهي مع الحمى أشد خوفا. فإن ثاوره الدم، واجتمع في عضو، كان مخوفا؛ لأنه من الحرارة المفرطة. وإن هاجت به الصفراء، فهي مخوفة؛ لأنها تورث يبوسة، وكذلك البلغم إذا هاج؛ لأنه من شدة البرودة، وقد تغلب على الحرارة الغريزية فتطفئها. والطاعون مخوف؛ لأنه من شدة الحرارة، إلا أنه يكون في جميع البدن. وأما الإسهال، فإن كان منخرقا لا يمكنه منعه ولا إمساكه، فهو مخوف، وإن كان ساعة؛ لأن من لحقه ذلك أسرع في هلاكه. وإن لم يكن منخرقا، لكنه يكون تارة وينقطع أخرى، فإن كان يوما أو يومين، فليس بمخوف؛ لأن ذلك قد يكون من فضلة الطعام، إلا أن يكون معه زحير وتقطيع كأن يخرج متقطعا، فإنه يكون مخوفا؛ لأن ذلك يضعف. وإن دام الإسهال، فهو مخوف، سواء كان معه زحير أو لم يكن. وما أشكل أمره من الأمراض، رجع فيه إلى قول أهل المعرفة، وهم الأطباء لأنهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة. ولا يقبل إلا قول طبيبين مسلمين ثقتين بالغين؛ لأن ذلك يتعلق به حق الوارث وأهل العطايا، فلم يقبل فيه إلا ذلك. و قياس قول الخرقي، أنه يقبل قول الطبيب العدل، إذا لم يقدر على طبيبين، كما ذكرنا في باب الدعاوى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٠٢

فهذا الضرب وما أشبهه، عطاياه صحيحة؛ لما ذكرناه من قصة عمر – رضي الله عنه – فإنه لما جرح سقاه الطبيب لبنا، فخرج من جرحه، فقال له الطبيب: اعهد إلى الناس. فعهد إليهم ووصى، فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته. وأبو بكر لما اشتد مرضه، عهد إلى عمر، فنفذ عهده.

[مسألة عطية الحامل]

(٤٧٠٧) مسألة؛ قال: (وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر)." (١)

"لانتقاص الهبة، فيصير العبد والمائة، وذلك مثلا ما جازت الهبة فيه. وإن اختار الفداء، فقد علمت أنه يفدي ثلاثة أرباعه إذا لم يترك شيئا، فزد على ذلك ثلاثة أرباع المائة، يصير ذلك سبعة أثمان العبد، فيفديه بسبعة أثمان الدية.

[فصل مريض أعتق عبدا لا مال له سواه قيمته مائة فقطع إصبع سيده خطأ]

(٤٧٢٠) فصل: مريض أعتق عبدا، لا مال له سواه، قيمته مائة، فقطع إصبع سيده خطأ، فإنه يعتق نصفه، وعليه نصف قيمته، ويصير للسيد نصفه ونصف قيمته، وذلك مثلا ما عتق منه، وأوجبنا نصف قيمته عليه؛ لأن عليه من أرش جنايته بقدر ما عتق منه. وحسابها أن تقول: عتق منه، شيء، وعليه شيء للسيد فصار مع السيد عبد إلا شيئا، وشيء يعدل شيئين، فأسقط شيئا بشيء، بقي ما معه من العبد يعدل شيئا مثل ما عتق منه. ولو كانت قيمة العبد مائتين، عتق خمساه؛ لأنه يعتق منه شيء.

وعليه نصف شيء للسيد، فصار للسيد نصف شيء، وبقيۃ العبد يعدل شيئين، فيكون بقية العبد يعدل شيئا ونصفا، وهو ثلاثة أخماسه، والشيء الذي عتق خمساه. وإن كانت قيمته خمسين أو أقل، عتق كله لأنه يلزمه مائة، وهي مثلاه أو أكثر. وإن كانت قيمته ستين، قلنا: عتق منه شيء، وعليه شيء وثلثا شيء للسيد، مع بقية العبد، يعدل شيئين، فبقية العبد إذا ثلث شيء، فيعتق منه ثلاثة أرباعه. وعلى هذا ال قياس

إلا أن ما زاد في العتق على الثلث، ينبغي أن يقف على أداء ما يقابله من القيمة

كما إذا دبر عبدا وله دين في ذمة غريم له، فكلما اقتضى من القيمة شيئا، عتق من الموقوف بقدر ثلثه.

[فصل أعتق عبدين دفعة واحدة قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون فجنى الأدنى على الأرفع]

(٤٧٢١) فصل: فإن أعتق عبدين، دفعة واحدة، قيمة أحدهما مائة والآخر مائة وخمسون، فجنى الأدنى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٣/٦

على الأرفع جناية نقصته ثلث قيمته، وأرشها كذلك، في حياة سيدهما، ثم مات، أقرعنا بين العبدين، فإن وقعت على الجاني عتق منه أربعة أخماسه، وعليه أربعة أخماس أرش جنايته، وبقي لورثة سيده خمسه وأرش جنايته والعبد الآخر، وذلك مائة وستون، وهو مثلا ما عتق منه

وحسابها أن تقول: عبد عتق منه شيء، وعليه نصف شيء؛ لأن جنايته بقدر نصف قيمته، بقي للسيد نصف شيء وبقية العبدين تعدل شيئين، فعلمت أن بقية العبدين شيء ونصف، فإذا أضفت إلى ذلك الشيء الذي عتق، صارا جميعا يعدلان شيئين ونصفا، فالشيء الكامل خمساهما، وذلك أربعة أخماس أحدهما. وإن وقعت قرعة الحرية على المجني عليه، عتق ثلثه، وله ثلث أرش جنايته، يتعلق برقبة الجاني، وذلك تسع الدية؛ لأن الجناية على من ثلثه حر تضمن بقدر ما فيه من الحرية والرق، والواجب له من الأرش يستغرق قيمة الجاني، فيستحقه بها، ولا يبقى لسيده مال سواه فيعتق ثلثه، ويرق ثلثاه. وإن أعتق عبدين، قيمة أحدهما خمسون.

وقيمة الآخر." (١)

"جشم. قال عمرو بن سليم: فبعث ذلك المال بثلاثين ألفا. وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم. قال أبو بكر: وكان الغلام ابن عشر أو اثنتي عشرة سنة. وهذه قصة انتشرت فلم تنكر، ولأنه تصرف تمحض نفعا للصبي، فصح منه، كالإسلام والصلاة، وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله، فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه، بخلاف الهبة والعتق المنجز، فإنه يفوت من ماله ما يحتاج إليه، وإذا ردت رجعت إليه، وها هنا لا يرجع إليه بالرد، والطفل لا عقل له، ولا يصح إسلامه ولا عباداته. وقوله: " إذا وافق الحق ". يعني إذا وصى بوصية يصح مثلها من البالغ، صحت منه، وإلا فلا. قال شريح، وعبد الله بن عتبة، وهما قاضيان: من أصاب الحق أجزنا وصيته.

[فصل الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والمبرسم لا وصية لهم]

(٤٧٢٣) فصل: فأما الطفل، وهو من له دون السبع، والمجنون، والمبرسم، فلا وصية لهم. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ حميد بن عبد الرحمن، ومالك، والأوزاعي، والشافعي - رضي الله عنهم - وأصحاب الرأي، ومن تبعهم

ولا نعلم أحدا خالفهم إلا إياس بن معاوية، قال في الصبي والمجنون: إذا وافقت وصيتهم الحق جازت.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢١٤

وليس بصحيح؛ فإنه لا حكم لكلامهما، ولا تصح عبادتهما، ولا شيء من تصرفاتهما، فكذا الوصية، بل أولى، فإنه إذا لم يصح إسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها، فلأن لا يصح بذله المال يتضرر به وارثه أولى، ولأنها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول، فلا يصح منهما، كالبيع والهبة.

[فصل المحجور عليه لسفه في الوصية]

(٤٧٢٤) فصل: فأما المحجور عليه لسفه، فإن وصيته تصح، في قياس قول أحمد. قال الخبري: وهو قول الأكثرين. وقال أبو الخطاب: في وصيته وجهان. ولنا، أنه عاقل تصح وصيته، كالصبي العاقل، ولأن وصيته تمحضت نفعا له من غير ضرر، فصحت كعباداته. وأما الذي يجن أحيانا، ويفيق أحيانا، فإن وصى حال جنونه لم تصح، وإن وصى في حال عقله صحت وصيته؛ لأنه بمنزلة العقلاء في شهادته، ووجوب العبادة عليه، فكذلك في وصيته وتصرفاته

ولا تصح وصية السكران. وقال أبو بكر: فيه قولان. يعني وجهين. ولنا أنه ليس بعاقل، فلا تصح وصيته كالمجنون. وأما إيقاع طلاقه، فإنما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه، لارتكابه المعصية، فلا يتعدى هذا إلى وصيته؛ فإنه لا ضرر عليه فيها، إنما الضرر على وارثه. وأما الضعيف في عقله، فإن منع ذلك رشده في ماله، فهو كالسفيه، وإلا فهو كالعاقل.." (١)

"ولنا، أن الجد يدلي بواسطة، فأشبه الأخ والعم وفارق الأب، فإنه يدلي بنفسه، ويحجب الجد، ويخالفه في ميراثه وحجبه، فلا يصح إلحاقه به، ولا قياسه عليه. وأما المرأة فلا تلي؛ لأنها قاصرة لا تلي النكاح بحال، فلا تلي مال غيرها، كالعبد، ولأنها لا تلي بولاية القضاء، فكذلك بالنسب. إذا ثبت هذا، فإنه إذا أوصى إلى رجل، ثم أوصى إلى آخر، فهما وصيان، إلا أن يقول: قد أخرجت الأول أو قد عزلته؛ لما ذكرنا فيما إذا أوصى بجارية لبشر، ثم أوصى بها لبكر. ولأنه قد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منهما، فكانا وصيين، كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة. فأما إن أخرج الأول انعزل، وكان الثاني هو الوصي، كما لو عزله بعد الوصية إلى الثاني.

[فصل يوصي إلى رجل بشيء دون شيء]

(٤٧٧١) فصل: ويجوز أن يوصي إلى رجل بشيء دون شيء، مثل أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته دون

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢١٦

غيرها، أو بقضاء ديونه، أو بالنظر في أمر أطفاله حسب، فلا يكون له غير ما جعل إليه. ويجوز أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته، وإلى آخر بقضاء ديونه، وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله، فيكون لكل واحد منهم ما جعل إليه دون غيره. ومتى أوصى إليه بشيء، لم يصر وصيا في غيره. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يصير وصيا في كل ما يملكه الوصي؛ لأن هذه ولاية تنتقل من الأب بموته، فلا تتبعض، كولاية الجد. ولنا، أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمي، فكان مقصورا على ما أذن فيه، كالوكيل، وولاية الجد ممنوعة. ثم تلك ولاية استفادها بقرابته، وهي لا تتبعض، والإذن يتبعض، فافترقا.

[فصل يوصي إلى رجلين معا في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفردا]

(٤٧٧٢) فصل: ويجوز أن يوصي إلى رجلين معا في شيء واحد، ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفردا، فيقول: أوصيت إلى كل واحد منكما أن ينفرد بالتصرف. لأنه جعل كل واحد منهما وصيا منفردا، وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد. وله أن يوصي إليهما ليتصرفا مجتمعين، وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف؛ ولأنه لم يجعل ذلك إليه، ولم يرض بنظره وحده. وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافا. وإن أطلق، فقال: أوصيت إليكما في كذا. فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف. وبه قال." [1]

"مالك، والشافعي. وقال: أبو يوسف: له ذلك؛ لأن الوصية والولاية لا تتبعض، فملك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخوين في تزويج أختهما. وقال أبو حنيفة، ومحمد يستحسن على خلاف ال قياس، فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء: كفن الميت، وقضاء دينه، وإنفاذ وصيته، ورد الوديعة بعينها، وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام، وقبول الهبة له، والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه؛ لأن هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها، فجاز الانفراد بها. ولنا، أنه شرك بينهما في النظر، فلم يكن لأحدهما الانفراد، كالوكيلين. وما قاله أبو يوسف نقول به، فإنه جعل الولاية إليهما باجتماعهما، فليست متبعضة، كما لو وكل وكيلين، أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا إلا مجتمعين. ثم يبطل ما قاله بهاتين الصورتين، ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضا، وإذا تعذر اجتماعهما، أقام الحاكم أمينا مقام الغائب.

[فصل في من تصح الوصية إليه ومن لا تصح]

(٤٧٧٣) فصل: في من تصح الوصية إليه، ومن لا تصح، تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٤٣

العدل إجماعا. ولا تصح إلى مجنون، ولا طفل، ولا وصية مسلم إلى كافر. بغير خلاف نعلمه؛ لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما، فلا يليان على غيرهما، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم. وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم. وروي ذلك عن شريح. وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، والحسن بن صالح، وإسحاق، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ولم يجزه عطاء؛ لأنها لا تكون قاضية، فلا تكون وصية، كالمجنون. ولنا، ما روي أن عمر – رضي الله عنه – أوصى إلى حفصة. ولأنها من أهل الشهادة، فأشبهت الرجل، وتخالف القضاء، فإنه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد، بخلاف الوصية. وتصح الوصية إلى الأعمى. وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه لا تصح الوصية إليه، بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه، فلا يوجد فيه معنى الولاية. وهذا لا يسلم لهم، مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك، وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح، والولاية على أولاده الصغار، فصحت الوصية إليه كالبصير. وأما الصبي العاقل، فلا أعلم فيه نصا عن أحمد، فيحتمل أنه لا تصح الوصية إليه؛ لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار، ولا يصح تصرفه إلا بإذن، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى. ولأنه مولى عليه، فلا يكون واليا، كالطفل والمجنون. وهذا مذهب الشافعي. وهو الصحيح إن شاء الله. وقال القاضي: قياس المذهب صحة الوصية إليه؛ لأن أحمد قد نص على صحة وكالته. وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر. وأما الكافر، فلا تصح وصية مسلم إليه؛ لأنه لا يلي." (١)

"على مسلم، ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة، فلم تصح الوصية إليه، كالمجنون والفاسق. وأما وصية الكافر إليه، فإن لم يكن عدلا في دينه، لم تصح الوصية إليه؛ لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه. فمع الكفر أولى. وإن كان عدلا في دينه، ففيه وجهان؛ أحدهما تصح الوصية إليه. وهو قول أصحاب الرأي؛ لأنه يلي بالنسب، فيلي الوصية، كالمسلم. والثاني، لا تصح. وهو قول أبي ثور؛ لأنه فاسق، فلم تصح الوصية إليه، كفاسق المسلمين. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. وأما وصية الكافر إلى المسلم، فتصح إلا أن تكون تركته خمرا أو خنزيرا. وأما العبد، فقال أبو عبد الله بن حامد: تصح الوصية إليه، سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره. وبه قال مالك. وقال النخعي، والأوزاعي، وابن شبرمة: تصح الوصية إلى عبد نفسه، ولا تصح إلى عبد غيره. وقال أبو حنيفة: تصح إلى عبد نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد. وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي: لا تصح الوصية إلى عبد بحال؛ لأنه لا يكون وليا على ابنه بالنسب، فلا يجوز أن يلي الوصية، كالمجنون. ولنا أنه يصح استنابته في الحياة، فصح أن يوصى إليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٤٤

كالحر. و قياسهم يبطل بالمرأة. والخلاف في المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن. وقد نص الخرقي على أن الوصية إلى أم ولده جائزة. نص عليه أحمد أيضا؛ لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال. وأما الفاسق، فقد روي عن أحمد ما يدل على أن الوصية إليه لا تصح. وهو قول مالك، والشافعي. وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية إليه، فإنه قال، في رواية ابن منصور: إذا كان متهما، لم تخرج من يده. وقال الخرقي: إذا كان الوصي خائنا ضم إليه أمين. وهذا يدل على صحة الوصية إليه، ويضم الحاكم إليه أمينا. وقال أبو حنيفة: تصح الوصية إليه، وينفذ تصرفه، وعلى الحاكم عزله؛ لأنه بالغ عاقل، فصحت الوصية إليه، كالعدل، ووجه الأولى أنه لا يجوز إفراده بالوصية، فلم تجز الوصية إليه، كالمجنون. وعلى أبي حنيفة، لا يجوز إقراره على الوصية، فأشبه ما ذكرنا.

(٤٧٧٤) فصل: ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت، في أحد الوجهين، وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب، كالوصية له. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. ولنا، أنها شروط لعقد، فتعتبر حال وجوده، كسائر العقود. فأما الوصية له، فهي صحيحة وإن كان وارثا، وإنما يعتبر عدم الإرث، وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم، فاعتبرت حالة اللزوم، بخلاف مسألتنا، فإنها شروط لصحة العقد، فاعتبرت حالة العقد، ولا ينفع وجودها بعده. وعلى الوجه." [١]

"ولنا، أن حفظ المال من جملة الموصى به، فلم يجز لأحدهما الانفراد به، كالتصرف. ولأنه لو جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بحفظ بعضه، لجاز له أن ينفرد بالتصرف في بعضه.

[فصل الدخول في الوصية]

(٤٧٨٤) فصل: لا بأس بالدخول في الوصية، فإن الصحابة، - رضي الله عنهم -، كان بعضهم يوصي إلى بعض، فيقبلون الوصية، فروي عن أبي عبيدة، أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر. وأوصى إلى الزبير ستة من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -؛ عثمان، وابن مسعود، والمقداد، وعبد الرحمن بن عوف، ومطيع بن الأسود، وآخر. وروي عن ابن عمر أنه كان وصيا لرجل. وفي وصية ابن مسعود: إن حدث بي حادث الموت من مرضي هذا، أن مرجع وصيتي إلى الله سبحانه ثم إلى الزبير بن العوام، وابنه عبد الله. ولأنها وكالة وأمانة، فأشبهت الوديعة والوكالة في الحياة. و قياس مذهب أحمد أن ترك الدخول فيها أولى؛ لما فيها من الخطر، وهو لا يعدل بالسلامة شيئا، ولذلك كان يرى ترك الالتقاط، وترك الإحرام قبل الميقات

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٤٥

أفضل، تحريا للسلامة، واجتنابا للخطر. وقد روي حديث يدل على ذلك، وهو ما روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لأبي ذر: «إني أراك ضعيفا، وإني أحب لك ما أحب لنفسي، فلا تأمرن على اثنين، ولا تولين مال يتيم.» أخرجه مسلم.

[فصل مات رجل لا وصي له ولا حاكم في بلده]

(٤٧٨٥) فصل: فإن مات رجل لا وصي له، ولا حاكم في بلده، فظاهر كلام أحمد، – رحمه الله – أنه يجوز لرجل من المسلمين أن يتولى أمره، ويبيع ما دعت الحاجة إلى بيعه، فإن صالحا نقل عنه، في رجل بأرض غربة، لا قاضي بها، مات وخلف جواري ومالا أترى لرجل من المسلمين بيع ذلك؟ فقال أما المنافع والحيوان، فإن اضطروا إلى بيعه، ولم يكن قاض، فلا بأس، وأما الجواري فأحب إلي أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام. وإنما توقف عن بيع الإماء على طريق الاختيار احتياطا؛ لأن بيعهن يتضمن إباحة فرج، وأجاز بيع ذلك؛ لأنه موضع ضرورة.

[فصل أوصى إليه بتفريق مال]

(٤٧٨٦) فصل: وإذا أوصى إليه بتفريق مال، لم يكن له أخذ شيء منه. نص عليه أحمد، فقال: إذا كان في يده مال للمساكين، وأبواب البر، وهو يحتاج إليه، فلا يأكل منه شيئا، إنما أمر بتنفيذه. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو ثور، وأصحاب الرأي: إذا قال الموصي: جعلت لك أن تضع ثلثي حيث شئت، أو حيث رأيت. فله أخذه لنفسه وولده. ويحتمل أن يجوز ذلك عندنا؛ لأنه يتناوله لفظ الموصي. ويحتمل أن ينظر إلى قرائن الأحوال، فإن دلت على أنه أراد أخذه منه، مثل أن يكون من جملة المستحقين الذين." (١)

"فإنما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد. والحق فيما ذهب إليه الجمهور، فإن ابن مسعود قال في بنت، وبنت ابن، وأخت: لأقضين فيها بقضاء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وما بقي فللأخت. رواه البخاري، وغيره. واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب إليه، بل يدل على أن الأخت لا يفرض لها النصف مع الولد، ونحن نقول به، فإن ما تأخذ مع البنت ليس بفرض، وإنما هو بالتعصيب، كميراث الأخ. وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد مع قول الله تعالى: ﴿وهو يرثها إن لم يكن لها ولد﴾ [النساء: ١٧٦] . وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الأخ؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٥٠

لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها، وهو خلاف الإجماع، ثم إن النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو المبين لكلام الله تعالى قد جعل للأخت مع البنت، وبنت الابن الباقي عن فرضهما، وهو الثلث، ولو كانت ابنتان وبنت ابن، لسقطت بنت الابن، وكان للأخت الباقي، وهو الثلث. فإن كان معهم أم فلها السدس، ويبقى للأخت السدس. فإن كان بدل الأم زوج، فالمسألة من اثني عشر، للزوج الربع، وللابنتين الثلثان، وبقي للأخت نصف السدس. فإن كان معهم أم، عالت المسألة، وسقطت الأخت.

[مسألة ميراث بنات الابن]

(٤٨١٨) مسألة؛ قال: (وبنات الابن بمنزلة البنات، إذا لم يكن بنات) أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في إرثهن، وحجبهن لمن يحجبه البنات، وفي جعل الأخوات معهن عصبات، وفي أنهن إذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن بنات الابن، وغير ذلك. والأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾ [النساء: ١١] . وولد البنين أولاد؛ قال الله تعالى: ﴿يا بني آدم﴾ [الأعراف: ٢٦] يخاطب بذلك أمة محمد - صلى الله عليه وسلم -. وقال: ﴿يا بني إسرائيل﴾ [البقرة: ٤٠] يخاطب بذلك من في عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - منهم. وقال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ... بنوهن أبناء الرجال الأباعد.

[مسألة فرض الابنتين]

(٤٨١٩) مسألة؛ قال: (فإن كن بنات وبنات ابن، فللبنات الثلثان، وليس لبنات الابن شيء، إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي، للذكر مثل حظ الأنثيين)." (١)

"أجمع أهل العلم على أن فرض الابنتين الثلثان، إلا رواية شاذة عن ابن عباس، أن فرضهما النصف؛ لقول الله تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾ [النساء: ١١] . فمفهومه أن ما دون الثلاث ليس لهما الثلثان. والصحيح قول الجماعة، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لأخي سعد بن الربيع: " أعط ابنتي سعد الثلثين " وقال الله تعالى في الأخوات: ﴿فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك﴾ [النساء: ١٧٦] . وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين؛ لأنهما أقرب، ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٧٠

منهم الثلثان، كالأخوات من الأبوين، والأخوات من الأب، وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فللاثنين منهم مثل فرض الجماعة، كولد الأم، والأخوات من الأبوين، أو من الأب، فأما الثلاث من البنات فما زاد، فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان، وأنه ثابت بقول الله تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾ [النساء: ١١] . واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين، فقيل: ثبت بهذه الآية، والتقدير، فإن كن نساء اثنتين، وفوق صلة، كقوله: ﴿فاضربوا فوق الأعناق﴾ [الأنفال: ١٢] . أي اضربوا الأعناق. وقد دل على هذا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حين نزلت هذه الآية، أرسل إلى أخي سعد بن الربيع: " أعط ابنتي سعد الثلثين ". وهذا من النبي - صلى الله عليه وسلم - تفسير للآية، وبيان لمعناها، واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتا بالمفسر لا بالتفسير. ويدل على ذلك أيضا أن سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع، وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما. وقيل: بل ثبت بهذه السنة الثابتة. وقيل: بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه. وقيل: بل ثبت بالإجماع. وقيل: بال قياس. وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه، وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها، فلا يضرنا أيها أثبته. وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين، سقط بنات الابن، ما لم يكن بإزائهن، أو أسفل منهن ذكر يعصبهن؛ وذلك لأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين، قليلات كن أو كثيرات، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد، وقد ذهب الثلثان لولد الصلب، فلم يبق لهن شيء، ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب؛ لأنهن دون درجتهن، فإن كان مع بنات الابن ابن في درجتهن، كأخيهن، أو ابن عمهن، أو أنزل منهن كابن أخيهن، أو ابن ابن عمهن، أو ابن ابن." (١)

"[مسألة ماتت وتركت زوجا وأبوين]

(٤٨٣٠) مسألة؛ قال: وإذا كان زوج وأبوان، أعطي الزوج النصف، والأم ثلث ما بقي، وما بقي فللأب. وإذا كانت زوجة وأبوان، أعطيت الزوجة الربع، والأم ثلث ما بقي، وما بقي فللأب. هاتان المسألتان تسميان العمريتين؛ لأن عمر - رضي الله عنه - قضى فيهما بهذا القضاء، فاتبعه على ذلك عثمان، وزيد بن ثابت، وابن مسعود، وروي ذلك عن علي وبه قال الحسن، والثوري ومالك، والشافعي، - رضي الله عنهم -، وأصحاب الرأي.

وجعل ابن عباس ثلث المال كله للأم في المسألتين؛ لأن الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة، وليس هاهنا ولد ولا إخوة. ويروى ذلك عن علي. ويروى ذلك عن شريح في زوج وأبوين. وقال ابن سيرين

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٧١

كقول الجماعة في زوج وأبوين، وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين. وبه قال أبو ثور؛ لأننا لو فرضنا للأم ثلث المال في زوج وأبوين، لفضلناها على الأب، ولا يجوز ذلك، وفي مسألة المرأة، لا يؤدي إلى ذلك.
واحتج ابن عباس بعموم قوله تعالى: ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء: ١١] . وبقوله - عليه السلام -: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» . والأب هاهنا عصبة؛ فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض، كما لو كان مكانه جد، والحجة معه لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على مخالفته؛ ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض، كان للأم ثلث الباقي، كما لو كان معهم بنت ويخالف الأب الجد؛ لأن الأب في درجتها، والجد أعلى منها.
وما ذهب إليه ابن سيرين تفريق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه، ثم إنه مع الزوج يأخذ مثلي ما أخذت الأم، كذلك مع المرأة، قياسا عليه.

[مسألة ماتت وتركت زوجا وأما وإخوة من أم وإخوة لأب وأم]
قال: (٤٨٣١) مسألة (وإذا كان زوج وأم وإخوة من أم وإخوة لأب وأم، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوة من الأم الثلث،." (١)

"وسقط الإخوة من الأب والأم) . هذه المسألة تسمى المشركة، وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعدا من ولد الأم وعصبة من ولد الأبوين. وإنما سميت المشركة؛ لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الأبوين وولد الأم في فرض ولد الأم، فقسمه بينهم بالسوية، وتسمى الحمارية؛ لأنه يروى أن عمر - رضي الله عنه - أسقط ولد الأبوين، فقال بعضهم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارا أليست أمنا واحدة؟ فشرك بينهم. ويقال: إن بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحمارية لذلك.
واختلف أهل العلم فيها قديما وحديثا، فذهب أحمد - رضي الله عنه - فيها إلى أن للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث، وسقط الإخوة من الأبوين؛ لأنهم عصبة وقد تم المال بالفروض. ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود، وأبي بن كعب، وابن عباس، وأبي موسى - رضي الله عنهم -. وبه قال الشعبي، والعنبري، وشريك، وأبو حنيفة، وأصحابه - رضي الله عنهم - ويحيى بن آدم، ونعيم بن حماد، وأبو ثور، وابن المنذر وروي عن عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت، - رضي الله عنهم -، أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الأم في الثلث، فقسموه بينهم بالسوية، للذكر مثل حظ الأنثيين. وبه قال مالك، والشافعي -

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٧٩

رضي الله عنهما -، وإسحاق؛ لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها، فوجب أن يساووهم في الميراث؛ فإنهم جميعا من ولد الأم، وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدهم قربا واستحقاقا فلا ينبغي أن تسقطهم؛ ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الأبوين لعمر وقد أسقطهم: هب أن أباهم كان حمارا، فما زادهم ذلك إلا قربا فشرك بينهم. وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياسا، فقال: فريضته جمعت ولد الأب والأم وولد الأم، وهم من أهل الميراث فإذا ورث ولد الأم، وجب أن يرث ولد الأب والأم، كما لو لم يكن فيها زوج. ولنا، قول الله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] . ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص، فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس، فهو مخالفة لظاهر القرآن، ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى، وهي قوله: ﴿وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١٧٦] . يراد بهذه الآية سائر الإخوة والأخوات، وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ألحقوا الفرائض، بأهلها، فما بقي فلأولى رجل ذكر» . ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها، ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عصبة لا فرض لهم، وقد تم المال بالفروض، فوجب أن يسقطوا، كما لو كان مكان ولد الأم ابنتان. وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان في هذه المسألة واحد من ولد الأم، ومائة من ولد الأبوين، لكان للواحد السدس، وللمائة السدس الباقي، لكل واحد عشر عشره، وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله، لم لا يجوز لاثنين إسقاطهم؟ وقولهم: تساووا في قرابة الأم. قلنا: فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسألة؟ وعلى أنا نقول: إن ساووهم في قرابة الأم فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض. وهذا الذي افترقوا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الأم، وتأخير ولد الأبوين. فإن الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض، وتأخير العصبة، ولذلك يقدم ولد الأم على ولد الأبوين في القدر في المسألة المذكورة وشبهها، فكذلك يقدم وإن سقط ولد الأبوين كغيره." [١]

"ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها، إن الأخ يسقط وحده، فترث أخته السبع؛ لأن قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه، وهو لم يحجبها، فهلا عدوه حمارا، وورثوها مع وجوده كميراثها مع عدمه؟ وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحته، قال العنبري: القياس ما قال علي، والاستحسان ما قال عمر. قال الخبري: وهذه وساطة مليحة، وعبارة صحيحة، وهو كما قال، إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع، فإنه وضع للشرع بالرأي من غير دليل، ولا يجوز الحكم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٨٠

به لو انفرد عن المعارض، فكيف وهو في مسألتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة وال قياس ومن العجب ذهاب الشافعي إليه هاهنا، مع تخطئته الذاهبين إليه في غير هذا الموضع، وقوله: من استحسن فقد شرع. وموافقته الكتاب والسنة أولى.

[فصل ماتت وتركت زوجا وأما وإخوة من أم وعصبة من ولد الأب]

(٤٨٣٢) فصل: ولو كان مكان ولد الأبوين عصبة من ولد الأب سقط، قولا واحدا، ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا؛ لأنهم لم يساووا ولد الأم في قرابة الأم. ولو كان مكانهم أخوات من أبوين أو من أب، فرض لهن الثلثان، وعالت المسألة إلى عشرة، في قول الجميع، إلا في قول ابن عباس ومن تابعه، ممن لا يرى العول، فإنهم يردون النقص على الأخوات غير ولد الأم، فمقتضى قوله سقوط الأخوات من ولد الأبوين، كما لو كانوا إخوة، وسنبين أن الصواب خلاف ذلك، إن شاء الله تعالى.

[فصل ماتت وخلفت أما وابني عم أحدهما زوج والآخر أخ من أم وثلاثة إخوة مفترقين]

(٤٨٣٣) فصل: إذا قيل امرأة خلفت أما، وابني عم أحدهما زوج والآخر أخ من أم وثلاثة إخوة مفترقين، فقل: هذه المشركة، للزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوين من الأم الثلث، وسقط الأخوات من الأبوين والأب. ومن شرك جعل للأخ من الأبوين التسع، ولكل واحد من الأخوين من الأم تسعا.

[ماتت وتركت زوجا وأما وإخوة وأخوات لأم وأختا لأب وأم وأخوات لأب]

(٤٨٣٤) مسألة قال: (وإذا كان زوج وأم وإخوة وأخوات لأم وأخت لأب وأم وأخوات لأب، فللزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة وللأخوات من الأم الثلث بينهم بالتسوية، وللأخت من الأب والأم النصف، وللأخوات من الأب السدس) أما التسوية بين ولد الأم، فلا نعلم فيه خلافا، إلا رواية شذت عن ابن عباس، أنه فضل الذكر على الأنثى؛ لقول الله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] . وقال في آية أخرى: ﴿وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١٧٦] .." [١]

"أخ، أخ من أب، وبنت، لحجبت البنت قرابة الأم، ولم ترث بها شيئا، فكان للبنت النصف، والباقي للأخ من الأب، ولولا البنت لورث لكونه أخا من أم السدس، فإذا حجبته البنت مع الأخ من الأب، وجب أن تحجبه في كل حال.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٨١

لأن الحجب بها لا بالأخ من الأب. ما ذكره سعيد بن جبير ينتقض بالأخ من الأبوين، مع البنت، وبابن العم إذا كان زوجا ومعه من يحجب بني العم. ولا نسلم أنه يرث ميراثا واحدا، بل يرث بقرابته ميراثين كشخصين، فصار كابن العم الذي هو زوج، وفارق الأخ من الأبوين، فإنه لا يرث إلا ميراثا واحدا، فإن قرابة الأم لا ترث بها مفردة.

(٤٨٣٩) فصل: فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست، هذه إحداهن، والثانية، في بنت وبنات ابن وابن ابن، الباقي عنده للابن دون أخواته.

الثالثة، في أخوات لأبوين وأخوات لأب، الباقي عنده للأخ دون أخواته. الرابعة، بنت وابن ابن وبنات ابن، عنده لبنات الابن الأضر بهن من السدس أو المقاسمة. الخامسة، أخت لأبوين وأخ وأخوات لأب، للأخوات عنده الأضر بهن من ذلك. السادسة، كان يحجب الزوجين والأم بالكفار والعبيد والقاتلين، ولا يورثهم.

[فصل مات وترك ابن ابن عم هو أخ لأم وابن ابن عم آخر]

(٤٨٤٠) فصل: ابن ابن عم هو أخ لأم، وابن ابن عم آخر، للأخ السدس والباقي بينهما. وعند ابن مسعود، الكل للأخ، وسقط الآخر، فإن كان أحدهما ابن أخ لأم، فلا شيء له بقرابة الأخوة؛ لأن ابن الأخ للأم من ذوي الأرحام، وإن كان عمان؛ أحدهما خال لأم، لم يرجح بخؤولته. وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان؛ أحدهما، لا يرجح بها. والثاني، يرجح بها على العم الذي هو من أب، فيأخذ المال؛ لأنه ابن الجد والجدة، والآخر ابن الجد لا غير.

وإن كان العم الآخر من أبوين، فالمال بينهما؛ لأن كل واحد منهما يدلي بجدة، وهما ابنا الجد. وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم، أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة، فلا أثر لهذا عندهم.

[مات وترك ابني عم أحدهما زوج]

(٤٨٤١) فصل: ابنا عم أحدهما زوج. فللزوج النصف، والباقي بينهما نصفان عند الجميع. فإن كان الآخر

أخا من أم، فللزوج النصف، وللأخ السدس، والباقي بينهما، أصلها من ستة، للزوج أربعة، وللأم اثنان، وترجح." (١)

"رواه أبو داود. وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئا. ولأن الجدة تدلي بالأم، فسقطت بها، كسقوط الجد بالأب، وابن الابن به.

فأما أم الأب، فإنها أيضا إنما ترث ميراث أم؛ لأنها أم، ولذلك ترث وابنها حي، ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده.

[مسألة الجدات إن كثرن لم يزدن على السدس فرضا]

(٤٨٥٩) مسألة قال: (وكذلك إن كثرن، لم يزدن على السدس فرضا) أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس، وإن كثرن، وذلك لما روينا من الخبر، وأن عمر شرك بينهما. وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر - رضي الله عنه - فروى سعيد، ثنا سفيان، وهشيم، عن يحيى بن سعيد، عن القاسم بن محمد، قال: جاءت الجدتان إلى أبي بكر - رضي الله عنه - فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب. فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة وكان شهد بدرا: يا خليفة رسول الله، أعطيت التي إن ماتت لم يرثها، ومنعت التي لو ماتت ورثها، فجعل أبو بكر السدس بينهما.

ولأنهن ذوات عدد لا يشركهن ذكر، فاستوى كثيرهن وواحدتهن، كالزوجات. وقول الخرقي لم يزدن على السدس فرضا. يريد به التحرز من زيادتهن بالرد، فإنهن يأخذن في الرد زيادة على السدس، على ما قد مضى ذكره.

[فصل توريث جدتين أم الأم وأم الأب]

(٤٨٦٠) فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين؛ أم الأم، وأم الأب. وكذلك إن علتا وكانتا في القرب سواء، كأم أم وأم أم أب، إلا ما حكي عن داود أنه لا يورث أم أم الأب شيئا؛ لأنه لا يرثها فلا ترثه، ولأنها غير مذكورة في الخبر. ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطى ثلاث جدات.

ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الأب، أو من هي أعلى منها. وما ذكره داود فهو قياس، وهو لا يقول بال قياس، ثم هو باطل بأم الأم، فإنها ترثه ولا يرثها. وقوله: ليست مذكورة في الخبر. قلنا: وكذلك أم أم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٨٥

الأم. واختلفوا في توريث ما زاد عليهما؛ فذهب أبو عبد الله إلى توريث ثلاث جدات، من غير زيادة عليهن. وروي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود - رضي الله عنهم - وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الأوزاعي وإسحاق وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين. وحكي ذلك عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، وسليمان بن يسار، وطلحة بن عبد الله بن عوف، وربيعة وابن هرمز، ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم،." (١)

"[مسألة كان بعض الجدات أقرب من بعض]

(٤٨٦١) مسألة قال: (وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن) أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى، فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها، وإن كانتا من جهتين والقربى من جهة الأم، فالميراث لها، وتحجب البعدي في قول عامتهم، إلا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك أن الميراث بينهما. وعن ابن مسعود إن كانتا من جهتين فهما سواء، وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى.

يعني به أن الجدتين من قبل الأب إذا كانت إحداهما أم الأب والأخرى أم الجد، سقطت أم الجد بأم الأب. وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب. فأما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم؟ فعن أحمد فيها روايتان؛ إحداهما، أنها تحجبها، ويكون الميراث للقربى.

وهذا قول علي - عليه السلام - وإحدى الروايتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وأهل العراق، وهو قول الشافعي والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما. وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والأوزاعي وهو القول الثاني للشافعي - رضي الله عنه - لأن الأب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم، فالتي تدلي به أولى أن لا يحجبها، وبهذا فارقتها القربى من قبل الأم، فإنها تدلي بالأم.

وهي تحجب جميع الجدات. ولنا، أنها جدة قربى، فتحجب البعدى، كالتي من قبل الأم، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثا واحدا من جهة واحدة، فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن، كالآباء والأبناء والإخوة والبنات. وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم. وقولهم: إن الأب لا يسقطها. قلنا: لأنهن لا يرثن ميراثه، إنما يرثن ميراث الأمهات، لكونهن أمهات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٠٠

ولذلك أسقطتهن الأم. والله أعلم. مسائل: من ذلك أم أم وأم أم أب، المال للأولى، إلا في قول ابن مسعود هو بينهما. أم أب وأم أم أم، المال للأوى في قول الخرقي وفي الرواية الأخرى هو بينهما. أم أب وأم أم وأم جد، المال للأوليين في قول الجميع، إلا في قول شريك وموافقيه هو بينهن. أم أب وأم أم وأم أم وأم أبي أب، هو للأوليين في قول الجميع.

[فصل اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى]

(٤٨٦٢) فصل: إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى، ف قياس قول أبي عبد الله أن السدس بينهما أثلاثا، لذات القرابتين ثلثاه، وللأخرى ثلثه. كذلك قال أبو الحسن التميمي، وأبو عبد الله العرني، ولعلهما أخذا." (١)

"ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم.

وهذا قول يحيى بن آدم، والحسن بن صالح، ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد، وزفر وشريك وقال الثوري والشافعي وأبو يوسف: السدس بينهما نصفان. وهو قياس قول مالك لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة، لم يرث بهما جميعا، كالأخ من الأب والأم. ولنا، أنها شخص ذو قرابتين، ترث بكل واحدة منهما منفردة، ولا يرجح بها على غيره.

فوجب أن يرث بكل واحدة منهما، كابن العم إذا كان أخا أو زوجا، وفارق الأخ من الأبوين، فإنه رجح بقرابتيه على الأخ من الأب، ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها؛ فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر، ولا ينبغي أن يخل بهما جميعا، بل إذا انتفى أحدهما وجد الآخر، وها هنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث. وصورة ذلك، أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها، فيولد لهما ولد، فتكون المرأة أم أم أمه، وهي من أم أبي أبيه. وإن تزوج ابن بنتها بنت بنتها، فهي أم أم أمه وأم أم أبيه.

وإن أدلت الجدة بثلاث جهات، ترث بهن، لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث.

[مسألة الجدة ترث وابنها حي]

(٤٨٦٣) مسألة قال: والجدة ترث وابنها حي وجملته أن الجدة من قبل الأب إذا كان ابنها حيا وارثا، فإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٠٢

عمر وابن مسعود وأبا موسى وعمران بن الحصين وأبا الطفيل – رضي الله عنهم – ورثوها مع ابنها.

وبه قال شريح، والحسن، وابن سيرين، وجابر بن زيد، والعنبري، وإسحاق، وابن المنذر، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل – رضي الله عنه – وقال زيد بن ثابت: لا ترث. وروي ذلك عن عثمان، وعلي – رضي الله عنهما – وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، وسعيد بن عبد العزيز، والشافعي، وابن جابر، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه. ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عما أو عم أب؛ لأنها لا تدلي به. واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به، فلا ترث معه، كالجد مع الأب، وأم الأم مع الأم. ولنا، ما روى ابن مسعود – رضي الله عنه – قال «أول جدة أطعمها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – السدس، أم أب مع ابنها، وابنها حي.» أخرجه الترمذي. ورواه سعيد بن منصور، إلا أن لفظه: (أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها)

وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – السدس أم أب مع ابنها. ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم، لا ميراث الأب، فلا يحجبن به كأمهات الأم.." [1]

"وطاوس، وجابر بن زيد.

وبه قال قتادة، وإسحاق، وأبو ثور ونعيم بن حماد، وأبو حنيفة، والمزني، وابن شريح، وابن اللبان، وداود، وابن المنذر. وكان علي بن أبي طالب، وابن مسعود، وزيد بن ثابت – رضي الله عنهم – يورثونهم معه، ولا يحجبونهم به. وبه قال مالك والأوزاعي، والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد؛ لأن الأخ ذكر يعصب أخته، فلم يسقطه الجد، كالابن.

ولأن ميراثهم ثبت بالكتاب، فلا يحجبون إلا بنص أو إجماع أو قياس، وما وجد شيء من ذلك، فلا يحجبون؛ ولأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه، فإن الأخ والجد يدليان بالأب، الجد أبوه، والأخ ابنه، وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الأبوة، بل ربما كانت أقوى؛ فإن الابن يسقط تعصيب الأب، ولذلك مثله علي – رضي الله عنه – بشجرة أنبتت غصنا، فانفرق منه غصنان، كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى أصل الشجرة، ومثله زيد بواد خرج منه نهر، انفرق منه جدولان، كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي.

واحتج من ذهب مذهب أبي بكر – رضي الله عنه – بقول النبي: – صلى الله عليه وسلم – «ألحقوا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٠٣

الفرائض بأهلها، وما بقي فلأولى عصبة ذكر» . والجد أولى من الأخ، بدليل المعنى والحكم؛ أما المعنى فإنه له قرابة إيلاد وبعضية كالأب، وأما الحكم فإن الفروض إذا ازدحمت سقط الأخ دونه، ولا يسقطه أحد إلا الأب، والإخوة والأخوات يسقطون بثلاثة، ويجمع له بين الفرض والتعصيب، كالأب، وهم ينفردون بواحد منهما، ويسقط ولد الأم، وولد الأب يسقطون بهم بالإجماع إذا استغرقت الفروض المال، وكانوا عصبة.

وكذلك ولد الأبوين في المشركة عند الأكثرين، ولأنه لا يقتل بقتل ابن ابنه، ولا يحد بقذفه، ولا يقطع بسرقة ماله، ويجب عليه نفقته، ويمنع من دفع زكاته إليه، كالأب سواء، فدل ذلك على قوته. فإن قيل: فالحديث حجة في تقديم الأخوات؛ لأن فروضهن في كتاب الله، فيجب أن تلحق بهن فروضهن، ويكون للجد ما بقي. فالجواب، أن هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين، وفي الذكور مع الإناث.

أو نقول: هو حجة في الجميع، ولا فرض لولد الأب مع الجد؛ لأنهم كلالة، والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد، فلا يكون لهم معه إذا فرض. حجة أخرى، قالوا: الجد أب، فيحجب ولد الأب، كالأب الحقيقي. ودليل كونه أبا قوله تعالى: ﴿ملة أبيكم إبراهيم﴾ [الحج: ٧٨] وقول يوسف: ﴿واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب﴾ [يوسف: ٣٨] . وقوله:." (١)

"يسقط العم، وكذلك بنت العمة من جهة الأب، وبنت العم من جهة العم. فالصواب إذا أن تكون الجهات أربعا؛ الأبوة، والبنوة، والأخوة، والأمومة.

[مسألة بنت بنت بنت وبنت بنت بنت بنت وبنت أخ]

مسائل في هذا الباب: بنت بنت بنت وبنت بنت بنت بنت وبنت أخ، المال بين الأولى والثالثة، وسقطت الثانية، إلا عند محمد بن سالم، ونعيم، فإنها تشاركهما. ومن ورث الأقرب، جعله لبنت الأخ؛ لأنها أسبق، وقول أهل القرابة هو للأولى وحدها؛ لأنها من ولد الميت، وهي أقرب من الثانية

ابن خال وبنت عم، ثلث، وثلثان. ومن ورث الأسبق جعله لبنت العم، وإن كان معها بنت عمة فلا شيء لها؛ لأن بنت العم أسبق إلى الوارث منهما، وهما من جهة واحدة. وإن كان معهم عمة، سقطت بنت العم؛ لأن العمة بمنزلة الأب، وبنت العم بمنزلة العم بنت بنت بنت وبنت بنت ابن، المال لبنت بنت الابن عند الجميع، إلا عند ابن سالم، ونعيم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٧/٦

بنت بنت بنت و ابن أخ من أم، المال للأولى، ومن ورث الأقرب جعله لابن الأخ، وهو قول ضرار؛ لأن البعيد إذا نزل أسقط القريب. بنت بنت وبنت بنت ابن، المال بينهما على أربعة عند جميع المنزلين، وعند أهل القرابة، هو لبنت البنت؛ لأنها أقرب. ابن بنت بنت وبنت أخ، هو بينهما، ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ، وعند أهل القرابة هو لابن بنت البنت. ابن بنت وابن ابن ابن أخت لأبوين؛ المال بينهما، وعند من ورث الأقرب، وأهل القرابة، هو للأول. بنت أخ وبنت عم، أو بنت عمة.

المال لبنت الأخ. و قياس قول أحمد، - رضي الله عنه - في توريث البعيد من القريب إن كان من جهتين؛ أن يكون لبنت العم، والعمة؛ لأنهما من جهة الأب، وذلك قول ضرار أيضا. ابن أخت وابن عم لأم، المال بينهما، ومن ورث الأقرب جعله لابن الأخت، وهو قول أهل القرابة أيضا؛ لأنها من ولد أبوي الميت، وابن العم للأم من ولد أبوي أبويه. بنت عم وبنت عم أب؛ هو للأولى عند الجميع، إلا عند ابن سالم، ونعيم. بنت بنت بنت، وأم أب أم.

المال بينهما على أربعة. بنت بنت بنت وأبو أم أب، مثلها عندنا، وعند من ورث الأقرب جعله للثاني. بنت بنت بنت ابن وعمة، أو خالة، للأولى النصف في الأولى، ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال، وعند من ورث الأقرب؛ الكل للعمة وللخالة. ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثا؛ الأبوة، والبنوة، والأمومة؛ لأن جعل العمومة جهة خامسة يفضي إلى إسقاط بنت العم ببنت العمة، كما ذكرنا

وإن جعلنا الأخوة جهة رابعة، مع نفي جهة العمومة، أفضى إلى إسقاط ولد الإخوة والأخوات ببنات الأعمام والعمات. وإذا جعلنا جميعهم جهة واحدة، وورثنا أسبقهم إلى الوارث، كان أولى. والله أعلم.." (١)

"اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والإناث من ذوي الأرحام، إذا كانوا من أب واحد وأم واحدة، فنقل الأثرم، وحنبل، وإبراهيم بن الحارث، في الخال، والخالة: يعطون بالسوية. فظاهر هذا التسوية في جميع ذوي الأرحام

وهو اختيار أبي بكر، ومذهب أبي عبيد، وإسحاق، ونعيم بن حماد؛ لأنهم يرثون بالرحم المجرد، فاستوى ذكرهم وأنثاهم، كولد الأم. ونقل يعقوب بن بختان: إذا ترك ولد خاله. وخالته، اجعله بمنزلة الأخ والأخت، للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك ولد العم والعمة. ونقل عنه المروذي، في من ترك خاله وخالته: للخال الثلثان، وللخالة الثلث، فظاهر هذا التفضيل، وهو قول أهل العراق، وعامة المنزلين.

لأن ميراثهم معتبر بغيرهم، فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض؛ لأنهم يأخذون المال كله، ولا على العصبة

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٢٢

البعيد؛ لأن ذكرهم ينفرد بالميراث دون الإناث، فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات، والإخوة والأخوات. ويج١ب عن هذا بأنهم معتبرون بولد الأم، وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد، واتفق الجميع على التسوية بين ولد الأم؛ لأن آباءهم يستوي ذكرهم وأنثاهم، إلا في قياس قول من أمات السبب، فإن للذكر مثل حظ الأنثيين. والذي نقل الخرقي؛ التسوية بين الجميع، إلا في الخال والخالة

ولم أعلم له موافقا على هذا القول، ولا علمت وجهه. وأما قوله: " إذا كان أبوهم واحدا، وأمهم واحدة ". فلأن الخلاف إنما هو في ذكر وأنثى، أبوهما وأمهما واحد، فأما إذا اختلف آباؤهم وأمهاتهم، كالأخوال والخالات المفترقين، والعمات المفترقات، أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر، كابن بنت وبنت بنت أخرى، فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا، إن شاء الله تعالى

ومن مسائل ذلك؛ ابن أخت معه أخته، أو ابن بنت معه أخته، المال بينهما نصفان عند من سوى، وعند أهل القرابة، وسائر المنزلين، المال بينهما على ثلاثة. ابنا وابنتا أخت لأبوين وثلاثة بنين وثلاث بنات أخت لأب وأربعة بني ولد وأربع بنات أخت لأم، أصل المسألة من خمسة؛ للأخت من الأبوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللأخت من الأب سهم بين ولدها على ستة، وللأخت من الأم سهم بين ولدها على ثمانية.

والأربعة داخلة فيها، والستة توافقها بالنصف، فتضرب نصفها في ثمانية، تكن أربعة وعشرين، ثم في خمسة تكن مائة وعشرين، ومن فضل أبقى ولد الأم بحالهم، وجعل ولد الأخت من الأبوين ستة، توافقهم سهامهم بالثلث، فيرجعون إلى اثنين، فيدخلان في الثمانية، وولد الأخت من الأب تسعة، تضربها في ثمانية، تكن اثنين وسبعين، ثم في خمسة، تكن ثلاثمائة وستين. وإن كانوا أولاد عمات أو خالات مفترقات فكذلك. وإن كانوا أولاد بنات، أو أولاد أخوات من أبوين، أو من أب، فهي من اثنين وسبعين، عند من." (١)

"وبنت العم من الأم على أربعة. وقال أبو عبيد: لبنت العم من الأم السدس، والباقي لبنت العم من الأبوين، كبنات الإخوة. ولا يصح شيء من هذا؛ لأنهن بمنزلة آبائهن، ولو كان آباؤهن أحياء لكان المال للعم من الأبوين

وفارق بنات الإخوة؛ لأن آباءهن يكون المال بينهم على ستة، ويرث الأخ من الأم مع الأخ من الأبوين، بخلاف العمومة. وقيل، على قياس قول محمد بن سالم: المال لبنت العم من الأم؛ لأنها بعد درجتين بمنزلة الأب، فيسقط به العم. قال الخبري: وليس بشيء. وقد ذكر أبو الخطاب في كتاب " الهداية " قولا من رأيه يفضي إلى هذا، فإنه ذكر أن الأبوة جهة، والعمومة جهة أخرى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٢٥

وأن البعيد والقريب من ذوي الأرحام إذا كانا من جهتين، نزل البعيد حتى يلحق بوارثه، سواء سقط به القريب، أو لم يسقط، فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الأم حتى تلحق بالأب، فيسقط بها ابنتا العمين الآخرين. وأظن أبا الخطاب لو علم إفضاء هذا القول إلى هذا لم يقله، ولم يذهب إليه، لما فيه من مخالفة الإجماع، ومقتضى الدليل، واسقاط القوي بالضعيف، والقريب بالبعيد. ولا يختلف المذهب في أن الحكم في هذه المسألة على ما قال الخرقي

ومن مسائل ذلك؛ بنت عم لأبوين وبنت عم لأب، المال للأولى. بنت عم لأب وبنت عم لأم، كذلك. بنت عم لأب وبنت ابن عم لأبوين، كذلك. بنت ابن عم لأب وبنت عم لأم، المال للأولى عند المنزلين، وهو للثانية عند أهل القرابة؛ لأنها أقرب. بنت عم لأم، وبنت بنت عم لأبوين، المال للأولى في قولهم جميعا. بنت عم وابن عمة.

المال لبنت العم عند الجمهور. وحكي عن الثوري أن لبنت العم سهمين، ولابن العمة سهم. بنت بنت عم وبنت ابن عم، المال لهذه عند الجمهور. وقول ابن سالم: هو للأولى. بنت عمة من أبوين وبنت عم من أم، لبنت العم السدس، ولبنت العمة النصف، ثم يرد عليهما الباقي، فيكون بينهما على أربعة

ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم، المال بينهن على ستة. فإن كان معهن بنت عم من أبوين، أو أب، ورثت المال دونهن.

[مسألة ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات]

(٤٩٠٤) مسألة؛ قال: (فإن كن ثلاث خالات مفترقات، وثلاث عمات مفترقات، فالثلث بين الثلاث خالات على خمسة أسهم، والثلثان بين الثلاث عمات على خمسة أسهم) فتصح من خمسة عشر سهما؛ للخالة التي من قبل الأب والأم ثلاثة أسهم، وللخالة التي من قبل الأب سهم، وللخالة التي من قبل الأم سهم، وللعمة التي من قبل الأب والأم ستة أسهم، وللعمة التي من قبل الأب سهمان، وللعمة التي من قبل الأم سهمان

إنما كان كذلك؛ لأن الخالات بمنزلة الأم،." (١)

"جدا. بنت عم وبنت عمة وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب، لبنت الأخ من الأم السدس، والباقي لبنت الأخ من الأب، فإن لم يكن بنت أخ من أب، فالباقي لبنت العم، ويجيء على قول من نزل البعيد

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٣١

حتى يلحقه بوارثه، وجعل الأبوة جهة، والأخوة جهة، أن يسقط أولاد الإخوة. فإن جعل الأبوة جهة، والعمومة جهة أخرى، أسقط بنت العم ببنت العمة، وقيل: إن هذا قول ابن سالم، وهو بعيد. بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب.

لبنت الخال الثلث، والباقي لبنت الأخ، وعند أكثر المنزلين، الكل لبنت الأخ. ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات، السدس الباقي بين بنات العمات على خمسة، وتصح من ثلاثين. فإن كان معهم خال، أو خالة أو أحد من أولادهما، فله السدس، ولا شيء لولد العمات، إلا على قول ابن سالم، وأصحابه، فإنه يورثهم، ويسقط ولد الأخوات. ويقتضيه قول أبي الخطاب. خالة، وعمة وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات، للخالة السدس، والباقي للعمة

ومن نزلها عما فلبنتي الأخت من الأبوين النصف، ولبنتي الأخت من الأب السدس، ولبنتي الأخت من الأم السدس. فإن كن بنات ست أخوات مفترقات، عالت على هذا إلى سبعة.

[فصل عمات الأبوين وأخوالهما وخالاتهما]

(٤٩٠٨) فصل: في عمات الأبوين وأخوالهما وخالاتهما؛ مذهبنا ما تقدم من تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة، وتنزيل البعيد حتى يلحق بوارثه إن كانا من جهتين، ثم يجعل لمن يدلي به ما كان له. وأكثر المنزلين يعطون الميراث للأسبق بكل حال. والمشهور عن أهل العراق أن نصيب الأم بين خالها وخالتها، وعمها وعمتها، على ثلاثة، ونصيب الأب بين عماته وخالاته كذلك

ومن مسائل ذلك؛ ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات، فخالات الأم بمنزلة أم الأم، وخالات الأب بمنزلة أم الأب، فيكون المال بين هاتين الجدتين نصفين، ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة، وتسقط عمات الأم؛ لأنهن بمنزلة أبي الأم، وهو غير وارث. فإن كان معهم عمات أب، فلخالات الأب والأم السدس بينهما، والباقي لعمات الأب؛ لأنهن بمنزلة الجد. عمة أب وعمة أم، لعمة الأم الثلث، والباقي لعمة الأب

هذا قياس المذهب، وهو قول أهل العراق. وقال القاضي: المال لعمة الأب؛ لأنها أسبق؛ لأنها أخت الجد، وهو وارث. وهذا قول أكثر المنزلين؛ لأنهم يورثون الأسبق بكل حال. خالة أم وعمة أب، للخالة السدس، والباقي للعمة؛ لأنهما كجد وجدة. وكذلك القول في خالة أب وعمته

خالة أم وخالة أب، المال للخالة؛ لأنهما بمنزلة أم أم، وأم أم أب. خال أب وعم أم، المال للخال؛ لأنه بمنزلة جدة، والجدات بمنزلة الأمهات. بنت خال أم، وبنت عم أب، لبنت الخال السدس، ولبنت العم ما

بقي. ومن ورث الأسبق جعل الكل لبنت العم. أبو أبي أم وأبو أم أب، المال لأبي أم الأب. فإن كان معهما." (١)

"أبو أم أم فهو بينهما نصفين؛ لأنهما بمنزلة جدتين متحاذيتين

أبو أم أبي أم، وأبو أبي أم أم، المال لهذا؛ لأنه أسبق. فإن كان معهما أبو أم أبي أب، فالمال له؛ لأنه بأول درجة يلقى الوارث. أب وأم أبي أم، لأم أبي الأم الثلث، والباقي للأب. فإن كان معهما أبو أم أم، فالمال له؛ لأنه يدلي بوارث. وإن كان معهم أبو أم أب، فالمال بين هذا والذي قبله نصفين.

[فصل كان لذي الرحم قرابتان]

(٤٩٠٩) فصل: وإذا كان لذي الرحم قرابتان، ورث بهما، بإجماع من المورثين لهم، إلا شيئا يحكى عن أبي يوسف، أنهم لا يرثون إلا بقرابة واحدة. وليس بصحيح عنه، ولا صحيح في نفسه؛ لأنه شخص له جهتان لا يرجح بهما، فورث بهما، كالزوج إذا كان ابن عم، وابن العم إذا كان أخا من أم، وحساب ذلك أن تجعل ذا القرابتين كشخص، فتقول في ابن بنت بنت، هو ابن ابن بنت أخرى، وبنت بنت بنت أخرى، للابن الثلثان، وللبنت الثلث

فإن كانت أمهما واحدة، فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى، ولأخته الربع. ومن فضل جعل له النصف، والثلث، ولأخته السدس. وهذا قول أكثر المنزلين، وقول أبي حنيفة، ومحمد. و قياس قول أبي يوسف، له أربعة أخماس المال، ولأخته الخمس

بنتا أخت من أم، إحداهما بنت أخ من أب، وبنت أخت من أبوين، هي من اثني عشر، ستة لبنت الأخت من أبوين، وأربعة لذات القرابتين من جهة ابنها، ولها سهم من جهة أمها، وللأخرى سهم. عمتان من أب، إحداهما خالة من أم، وخالة من أبوين، هي من اثني عشر أيضا، لذات القرابتين خمسة، وللعمة الأخرى أربعة، وللخالة من الأبوين ثلاثة. فإن كان معهما عم من أم هو خال من أب، صحت من تسعين

ابن وبنت ابن عمة من أم، البنت هي بنت عم من أم والعم هو خال من أب. ابن وبنت ابن خال من أب، الابن هو ابن بنت خال أخر من أب، والخالان عمان من أم، هي من ثمانية عشر.

[مسألة الخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٣٤

مسائل شتى؛ يعني متفرقة، فإنها مسائل من أبواب متفرقة، يقال: شتى، وشتان، وقال الله تعالى: ﴿تحسبهم جميعا وقلوبهم شتى﴾ [الحشر: ١٤] . وقال تعالى: ﴿إن سعيكم لشتى﴾ [الليل: ٤] . وقال الشاعر:

قد عشت في الناس أطوارا على طرق ... شتى وقاسيت فيها اللين والفظعا

(٤٩١٠) مسألة؛ قال: (والخنثى المشكل يرث نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى. فإن بال من حيث يبول الرجل فليس بمشكل، وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل. وإن بال من حيث تبول المرأة فله حكم امرأة)." (١)

"اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع، فإنه يقول في هذه المسألة: للذكر الخمسان بيقين، وهي ستة عشر من أربعين، وهو يدعي النصف عشرين، وللبنت الخمس بيقين، وهي تدعي الربع، وللخنثى الربع بيقين، وهو يدعي الخمسين، ستة عشر، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها، فتعطيه نصفها، ثلاثة، مع العشرة التي معه، صارت له ثلاثة عشر، الابن يدعي أربعة، فتعطيه نصفها، سهمين، صار له ثمانية عشر، والبنت تدعي سهمين، فتدفع إليها سهما، صار لها تسعة

وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال، فعلى قولهم، يكون الميراث في هذه المسألة من ثلاثة وعشرين؛ لأن المدعى هاهنا نصف، وربع، وخمسان، ومخرجها عشرون، يعطى الابن النصف، عشرة، وللبنت خمسة، والخنثى ثمانية، تكن ثلاثة وعشرين. فإن لم يكن في المسألة بنت، ففي قول الثوري: هي من سبعة. وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال، وفي التنزيل من اثني عشر، للابن سبعة، وللخنثى خمسة، وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين

وإن كانت بنت وولد خنثى، ولا عصبة، معهما، فهي من خمسة، في قول الثوري، ومن اثني عشر في التنزيل. وإن كان معهما عصبة، فهي من ستة؛ للخنثى ثلاثة، وللبنت سهمان، وللعصبة سهم. في الأقوال الثلاثة. فإن كان معهما أم، وعصبة، فهي في التنزيل من ستة وثلاثين، للأم ستة، وللخنثى ستة عشر، وللبنت أحد عشر، وللعصبة ثلاثة

و قياس قول الثوري أن يكون للخنثى والبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة، وللأم السدس، ويبقى نصف السدس للعصبة، وتصح من ستين. وإن كان ولد خنثى، وعصبة، فللخنثى ثلاثة أرباع المال، والباقي للعصبة، إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال، فإنه يجعل المال بينهما أثلاثا؛ لأن الخنثى تدعي المال كله، والعصبة تدعي نصفه، فتضيف النصف إلى الكل، فيكون ثلاثة أنصاف، لكل نصف ثلث

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٣٥

بنت، وولد ابن خنثى وعم، هي في التنزيل من اثني عشر، وترجع بالاختصار إلى ستة؛ للبنت النصف، وللخنثى الثلث، وللعم السدس.

[فصل إن كان كان الخنثى يرث في حال دون حال]

(٤٩١٢) فصل: وإن كان الخنثى يرث في حال دون حال، كزوج وأخت وولد أب خنثى، فمقتضى قول الثوري أن يجعل للخنثى نصف ما يرثه في حال إرثه، وهو نصف سهم، فتضمه إلى سهام الباقين، وهي ستة، ثم تبسطها أنصافا؛ ليزول الكسر، فتصير ثلاثة عشر، له منها سهم، والباقي، بين الزوج والأخت نصفين. وقد عمل أبو الخطاب هذه المسألة على هذا في كتاب " الهداية ". وأما في التنزيل، فتصح من ثمانية وعشرين، للخنثى سهمان، وهي نصف سبع، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر

وإن كان زوج وأم وأخوان من أم وولد أب خنثى، فله في حال الأنوثية ثلاثة من تسعة، فاجعل له نصفها مضموما إلى سهام باقي المسألة، ثم ابسطها تكن خمسة عشر، له منها ثلاثة وهي الخمس. وفي التنزيل له ستة من." (١)

"ستة وثلاثين، وهي السدس. وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خنثى وعم، فهي من ستة؛ للبنت النصف، ولبنت الابن السدس، وللخنثى السدس، وللعم ما بقي على القولين جميعا.

[فصل مات وخلف خنثيين فصاعدا]

(٤٩١٣) فصل: وإن خلف خنثيين فصاعدا، نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين، فتجعل للاثنين أربعة أحوال، وللثلاثة ثمانية، وللأربعة ستة عشر، وللخمسة اثنين وثلاثين حالا، ثم تجمع مالهم في الأحوال كلها، فتقسمه على عدد أحوالهم، فما خرج بالقسم فهو لهم، إن كانوا من جهة واحدة، وإن كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الأحوال، وقسمته على عدد الأحوال كلها، فالخارج بالقسم هو نصيبه، وهذا قول ابن أبي ليلى، وضرار، ويحيى بن آدم. وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي والوجه الآخر، أنهم ينزلون حالين؛ مرة ذكورا، ومرة إناثا، كما تصنع في الواحد. وهذا قول أبي يوسف. والأول أصح؛ لأنه يعطي كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال، فيعدل بينهم. وفي الوجه الآخر يعطي بعض الاحتمالات دون بعض، وهذا تحكم لا دليل عليه. وبيان هذا في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم، إن

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٣٨

كانا ذكرين فالمال للولد.

وإن كانا أنثيين فللولد النصف، والباقي للعم، فهي من أربعة عند من نزلهم حالين؛ للولد ثلاثة أرباع المال، وللعم ربعه. ومن نزلهم أحوالا، زاد حالين آخرين، وهو أن يكون الولد وحده ذكرا، وأن يكون ولد الأخ وحده ذكرا، فتكون المسألة من ثمانية؛ للولد المال في حالين، والنصف في حالين، فله ربع ذلك، وهو ثلاثة أرباع المال، ولولد الأخ نصف المال في حال، فله ربعه، وهو الثمن، وللعم مثل ذلك، وهذا أعدل

ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين، قال: للأخ النصف يقينا، والنصف الآخر يتداعونه، فيكون بينهم أثلاثا، وتصح من ستة. وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ، وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر، ولا يرث المحجوب شيئا إذا كان أنثى. ولو خلف بنتا وولدا خنثى وولد ابن خنثى وعصبة، فمن نزلهما حالين جعلهما من ستة؛ للولد الخنثى ثلاثة، وللبنت سهمان، والباقي للعم. ومن نزلهما أربعة أحوال، جعلها من اثني عشر.

وجعل لولد الابن نصف السدس، وللعم سدسه، وهذا أعدل الطريقين؛ لما في الطريق الآخر من إسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العم. وهكذا تصنع في الثلاثة وما كان أكثر منها. ويكفي هذا القدر من هذا الباب، فإنه نادر قل ما يحتاج إليه، واجتماع خنثيين وأكثر نادر النادر، ولم يسمع بوجوده، فلا حاجة إلى التطويل فيه.

[فصل ميراث شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج لا ذكر ولا فرج]

(٤٩١٤) فصل: وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بهذا، لم يذكره الفرضيون، ولم يسمعوا به، فإنا وجدنا شخصين." (١)

"لبيت المال

وعن ابن عباس نحوه، وبه قال سعيد بن المسيب، وعروة، وسليمان بن يسار، وعمر بن عبد العزيز، والزهري، وربيعة، وأبو الزناد، ومالك، وأهل المدينة، والشافعي، وأبو حنيفة، وصاحباه، وأهل البصرة، إلا أن أبا حنيفة وأهل البصرة جعلوا الرد، وذوي الأرحام، أحق من بيت المال؛ لأن الميراث إنما ثبت بالنص، ولا نص في توريث الأم أكثر من الثلث، ولا في توريث الأخ من الأم أكثر من السدس، ولا في توريث أبي الأم وأشباهه من عصبات الأم، ولا قياس أيضا، فلا وجه لإثباته

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٣٩

ووجه قول الخرقي قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» . وأولى الرجال به أقارب أمه. وعن عمر، – رضي الله عنه – أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه. وعن علي – رضي الله عنه – أنه لما رجم المرأة دعا أولياءها فقال: هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم، وإن جنى جناية فعليكم حكاه الإمام أحمد عنه.

ولأن الأم لو كانت عصبة كأبيه لحجبت إخوته. ولأن مولاها مولى أولادها، فيجب أن تكون عصبتها عصبته، كالأب. فإذا خلف ابن الملاعنة أما، وخالا، فلأمه الثلث بلا خلاف، والباقي لخاله؛ لأنه عصبة أمه. وعلى الرواية الأخرى، هو لها كله. وهذا قول علي، وابن مسعود، وأبي حنيفة، وموافقيه، إلا أن ابن مسعود يعطيها إياه؛ لكونها عصبة؛ والباقون بالرد، وعند زيد، الباقي لبيت المال

فإن كان معهما مولى أم، فلا شيء له عندنا. وقال زيد، ومن وافقه، وأبو حنيفة: الباقي له. وإن لم يكن لأمه عصبة إلا مولاها، فالباقي له على الرواية التي اختارها الخرقي، وعلى الأخرى، هو للأم، وهو قول ابن مسعود؛ لأنها عصبة ابنها. فإن لم يخلف إلا أمه، فلها الثلث بالفرض، والباقي بالرد، وهو قول علي وسائر من يرى الرد. وفي الرواية الأخرى، لها الباقي بالتعصيب

وإن كان مع الأم عصبة لها، فهل يكون الباقي لها أو له؟ على روايتين. وإن كان لها عصبات، فهو لأقربهم منها على رواية الخرقي، فإذا كان معها أبوها، وأخوها، فهو لأبيها، وإن كان مكان أبيها جدها فهو بين أخيها وجدها نصفين، وإن كان معهم ابنها، وهو أخوه لأمه، فلا شيء لأخيها، ويكون لأمه الثلث، ولأخيه السدس، والباقي لأخيه، أو ابن أخيه. وإن خلف أمه، وأخاه، وأخته، فلكل واحد منهم السدس، والباقي لأخيه، دون أخته. وإن خلف ابن أخته، وبنت أخته، أو خاله وخالته، فالباقي للذكر

وإن خلف أخته وابن أخته، فلأخته السدس، والباقي لابن أخته، وعلى الرواية الأخرى، الباقي للأم في هذه المواضع.

[فصل ابن ملاعنة مات وترك بنتا وبنت ابن ومولى أمه]

(٤٩١٦) فصل: ابن ملاعنة مات، وترك بنتا وبنت ابن ومولى أمه، الباقي لمولى الأم في قول الجمهور. وقال." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٢/٦

"ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر» . ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه، فلم يلحق به بحال، كما لو كانت أمه فراشا، أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره.

[مسألة العبد لا يرث ولا مال له]

(٤٩٢٣) مسألة قال: (والعبد لا يرث، ولا مال له، فيورث عنه) لا نعلم خلافا في أن العبد لا يرث، إلا ما روي عن ابن مسعود، في رجل مات وترك أبا مملوكا، يشترى من ماله، ثم يعتق، فيرث. وقاله الحسن، وحكي عن طاوس، أن العبد يرث، ويكون ما ورثه لسيده، ككسبه، وكما لو وصى له، ولأنه تصح الوصية له، فيرث كالحمل

ولنا، أن فيه نقصا منع كونه موروثا، فمنع كونه وارثا، كالمرتد، ويفارق الوصية فإنها تصح لمولاه ولا ميراث له، و قياسهم ينتقض بمختلفي الدين. وقول ابن مسعود لا يصح؛ لأن الأب رقيق حين موت ابنه، فلم يرثه، كسائر الأقارب؛ وذلك لأن الميراث صار لأهله بالموت، فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم. وأجمعوا على أن المملوك لا يورث؛ وذلك لأنه لا مال له فيورث، فإنه لا يملك، ومن قال: إنه يملك بالتمليك. فملكه ناقص غير مستقر، يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته، بدليل قوله – عليه السلام –: «من باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»

ولأن السيد أحق بمنافعه وأكسابه في حياته، فكذلك بعد مماته. وممن روي عنه أن العبد لا يرث، ولا يورث، ولا يحجب: علي، وزيد. وبه قال الثوري، ومالك، والشافعي، وإسحاق، – رضي الله عنه – وأصحاب الرأي.

[فصل يرث الأسير الذي مع الكفار إذا علمت حياته]

(٤٩٢٤) فصل: ويرث الأسير الذي مع الكفار إذا علمت حياته. في قول عامة الفقهاء، إلا سعيد بن المسيب، فإنه قال: لا يرث؛ لأنه عبد. وليس بصحيح؛ لأن الكفار لا يملكون الأحرار بالقهر، فهو باق على حريته، فيرث، كالمطلق.

[فصل ميراث المدبر وأم الولد]

(٤٩٢٥) فصل: والمدبر، وأم الولد، كالقن؛ لأنهم رقيق، بدليل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – باع مدبرا. وأم الولد مملوكة، يجوز لسيدها وطؤها، بحكم الملك، وتزويجها وإجارتها. وحكمها حكم الأمة في

جميع أحكامها، إلا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن.

[فصل المكاتب إن لم يملك قدر ما عليه فهو عبد لا يرث ولا يورث]

(٤٩٢٦) فصل: فأما المكاتب، فإن لم يملك قدر ما عليه فهو عبد، لا يرث، ولا يورث، وإن ملك قدر ما يؤدي، ففيه روايتان؛." (١)

"ولنا، ما روى عبد الله بن أحمد، حدثنا الرملي، عن يزيد بن هارون، عن عكرمة، عن ابن عباس، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في العبد يعتق بعضه: «يرث ويورث على قدر ما عتق منه» . ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه، كما لو كان الأخر مثله، و قياسا لأحدهما على الأخر

إذا ثبت هذا، فالتفريع على قولنا؛ لأن العمل على غيره واضح. وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه، وإن كان عصبة نظر ما له مع الحرية الكاملة، فأعطي بقدر ما فيه منها، وإن كانا عصبتين لا يحجب أحدهما الآخر، كابنين نصفهما حر، ففيه وجهان؛ أحدهما، تكمل الحرية فيهما، بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منها، فإن كمل منهما واحد، ورثا جميعا ميراث ابن حر؛ لأن نصفي شيء شيء كامل، ثم يقسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهم.

فإذا كان ثلثا أحدهما حرا، وثلث الآخر حرا كان ما ورثاه بينهما أثلاثا، وإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل، ورثا بقدر ما فيهما، وإن زاد على حر واحد، وكان الجزءان فيهما سواء، قسم ما يرثانه بينهما بالسوية، وإن اختلفا أعطي كل واحد منهما بقدر ما فيه. قال الخبري: قال الأكثرون: هذا قياس قول علي - رضي الله عنه -. والوجه الآخر، لا تكمل الحرية فيهما، لأنهما لو كملت لم يظهر للرق أثر، وكانا في ميراثهما كالحرين، وإن كان أحدهما يحجب الآخر، فقد قيل فيهما وجهان أيضا. والصحيح أن الحرية لا تكمل هاهنا؛ لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه، ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه

وورثه بعضهم بالخطاب، وتنزيل الأحوال، وحجب بعضهم ببعض على مثال تنزيل الخناثى.

وقال أبو يوسف بمعناه. ومسائل ذلك؛ ابن نصفه حر له نصف المال، فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال، في أحد الوجهين، وفي الأخر، لهما نصفه، والباقي للعصبة، أو لبيت المال إن لم تكن عصبة. ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال؛ لأنهما لو كانا حرين، لكان لكل واحد منهما النصف

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٤٦

ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء، ولو كان الأكبر وحده حرا كان له المال، ولا شيء للأصغر، ولو كان الأصغر وحده حرا كان له كذلك، ولكل واحد منهما في الأربعة أحوال مال ونصف، فله ربع ذلك، وهو ثلاثة أثمان. فإن كان معهما ابن آخر ثلثه حر، فعلى الوجه، الأول، ينقسم المال بينهم على ثمانية، كما تقسم مسألة المباهلة، وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية. وفيه وجه آخر، يقسم الثلث بينهم أثلاثا، ثم يقسم السدس بين صاحبي النصفين نصفين، وعلى تنزيل الأحوال.

يحتمل أن يكون لكل واحد ممن نصفه حر سدس المال، وثمنه، ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك، وهو." [١]

"لأن كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب، فإذا اجتمعا اجتمع الحجب. ومن ورث بالأحوال والتنزيل، قال: للأم السدس في ثلاثة أحوال، والثلث في حال، فلها ربع ذلك، وهو سدس وثلث وثمن، وللمرأة الثمن في ثلاثة أحوال.

والربع في حال، فلها ربع ذلك، وهو الثمن وربع الثمن، وللابن الباقي في حال، وثلثاه في حال، فله ربعه، وللبنت ثلث الباقي في حال، والنصف في حال، فلها ربعه، وإن لم يكن في المسألة عصبة، فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين، مكان النصف، وللأم سبعة مكان السدس، وتصح المسألة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين وثمانية وثمانين سهما، للأم منها ستون، وللمرأة خمسة وأربعون، وللابن خمسة وثمانون، وللبنت ثلاثة وخمسون، والباقي للعصبة

و قياس قول من جمع الحرية في الحجب، أن يجمع الحرية في التوريث، فيجعل لهما ثلاثة أرباع الباقي. وقال ابن اللبان: لهما سبعة عشر من ثمانية وأربعين؛ لأنهما لو كانا حرين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين، فيكون لهما بنصف حريتهم نصف ذلك.

وهذا غلط؛ لأنه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته، كحجبه إياه بجميعها، ولو ساغ هذا لكان لهم حال انفرادهما النصف بينهما من غير زيادة

ابن وأبوان، نصف كل واحد منهم حر، إن قدرناهم أحرارا، فللابن الثلثان، وإن قدرناه حرا وحده، فله المال، وإن قدرنا معه أحد الأبوين حرا فله خمسة أسداس، فتجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلثان، فله ثمنها، وهو ربع سدس، وللأب المال في حال، وثلثاه في حال، وسدساه في حالين، فله ثمن ذلك ربع، وللأم الثلث في حالين، والسدس في حالين، فلها الثمن، والباقي للعصبة. وإن عملتها بالبسط قلت: إن قدرناهم أحرارا، فهي من ستة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٤٩

وإن قدرنا الابن وحده حرا، فهي من سهم، فكذلك الأب، وإن قدرنا الأم وحدها حرة، أو قدرناها مع حرية الأب، فهي من ثلاثة، وإن قدرنا الابن مع الأب، أو مع الأم فهي من ستة، وإن قدرناهم رقيقا، فالمال للعصبة، وجميع المسائل تدخل في ستة، فتضربها في الأحوال، وهي ثمانية، تكن ثمانية وأربعين، وللابن المال في حال ستة، وثلثاه في حال أربعة، وخمسة أسداسه في حالين عشرة، فذلك عشرون سهما من ثمانية وأربعين، وللأب المال في حال ستة، وثلثاه في حال، وسدساه في حالين، وذلك اثنا عشر، وللأم الثلث في حالين

، والسدس في حالين، وذلك ستة، وهي الثمن، وإن كان ثلث كل واحد منهم حرا، زدت على الستة نصفها، تصير تسعة، وتضربها في الثمانية، تكن اثنين وسبعين، فللابن عشرون من اثنين وسبعين، وهي السدس والتسع، وللأب اثنا عشر، وهي السدس، وللأم ستة، وهي نصف السدس، ولا تتغير سهامهم، وإنما صارت منسوبة إلى اثنين وسبعين. وإن كان ربع كل واحد منهم حرا، زدت على الستة مثلها. وقيل فيما إذا كان نصف كل واحد." (١)

"نصف الثمن، وثلثه. وقال قوم: تجمع الحرية فيهن، فيكون فيهن حرية ونصف، لهن بها ثلث وربع للأولى، وللثانية ربعان، وللثالثة نصف سدس، فإن كان معهن رابعة كان لها نصف سدس آخر

ثلاث أخوات متفرقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم، للتي من قبل الأبوين الربع، وللتي من قبل الأب السدس، وللتي من قبل الأم نصف السدس، وللأم الثلث؛ لأنها لا تحجب إلا باثنين من الإخوة والأخوات، ولم تكمل الحرية في اثنتين، وللعم ما بقي. وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة، فللأم الثلث؛ لما ذكرناه

وقال الخبري: للأم الربع، وحجبها بالجزء، كما تحجب بنصف البنت، والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر، بل هو مطلق في الولد والجزء من الولد، وفي الإخوة مقدر باثنين، فلا يثبت بأقل منهما، ولذلك لم تحجب بالواحد عن شيء أصلا. وهذا قول ابن اللبان. وحكى القول الأول عن الشعبي، وقال: هذا غلط. وفي الباب اختلاف كثير، وفروع قل ما تتفق، وقل ما تجيء مسألة إلا ويمكن عملها ب قياس ما ذكرناه.

[مسألة مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بأخ]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٥١٣

(٤٩٣٠) مسألة؛ قال: (وإذا مات، وخلف ابنين، فأقر أحدهما بأخ، فله ثلث ما في يده، وإن أقر بأخت، فلها خمس ما في يده) قد ذكرنا في باب الإقرار من يثبت النسب بقوله، ومن لا يثبت، ونذكر هاهنا ما يستحق المقر به من الميراث، إذا لم يثبت نسبه، فنقول، إذا أقر بعض الورثة لمشارك في الميراث، فلم يثبت نسبه، لزم المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه

وهذا قول مالك، والأوزاعي، والثوري، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، وشريك، ويحيى بن آدم، ووكيع، وإسحاق، وأبي عبيد، وأبي ثور، وأهل البصرة. وقال النخعي، وحماد، وأبو حنيفة، وأصحابه: يقاسمه ما في يده؛ لأنه يقول: أنا وأنت سواء في ميراث أبينا، وكأن ما أخذه المنكر تلف، أو أخذته يد عادية، فيستوي فيما بقي

وقال الشافعي، - رضي الله عنه - وداود: لا يلزمه في الظاهر دفع شيء إليه، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين: أصحهما لا يلزمه؛ لأنه لا يرث من لا يثبت نسبه. وعلى قول الذي يلزمه دفع شيء إليه، ففي قدره وجهان، كالمذهبين المتقدمين. ولنا، على الشافعي، أنه أقر بحق لمدعيه، يمكن صدقه فيه، ويد المقر عليه، وهو متمكن من دفعه إليه، فيلزمه ذلك، كما لو أقر بمعين، ولأنه إذا علم أن هذا أخوه، وله ثلث التركة.

ويتعين استحقاقه لها، وفي يده بعضه وصاحبه يطلبه، لزمه دفعه إليه، وحرم عليه منعه منه، كما في سائر المواضع،." (١)

"يثبت النسب، إذا أقر بمشارك في الميراث؛ لأنه يكون إقرارا من بعض الورثة، فإن قالوا: إنما ثبت؛ لأن المقر به أيضا مقر بنفسه مدع لنسبه. قلنا: هاهنا مثله، فاستويا.

[فصل خلف ابنا واحدا فأقر بأخ من أبيه]

(٤٩٣٢) فصل: إذا خلف ابنا واحدا، فأقر بأخ من أبيه، دفع إليه نصف ما في يده. في قول الجميع. فإن أقر بعد بآخر، فاتفقا عليه، دفعا إليه ثلث ما في أيديهما. في قول الجميع. فإن أنكر المقر به ثانيا المقر به الأول، لم يثبت نسبه. قال القاضي: هذا مثل للعامة، تقول: أدخلني أخرجك.

وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما؛ لأنه لم يقر له بأكثر منه. وقال الشافعي: - رضي الله عنه - يلزم المقر أن يغرم له نصف التركة؛ لأنه أتلفه عليه بإقراره الأول ويحتمل أن لا يبطل نسب الأول؛ لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٥٤

ثبت بقول من هو كل الورثة حال الإقرار. فإن لم يصدق الأول بالثاني، لم يثبت نسبه، ويدفع إليه المقر ثلث ما بقي في يده؛ لأنه الفضل الذي في يده. ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال؛ لأنه فوته عليه بدفع النصف إلى الأول، وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث

وسواء دفعه إليه بحكم الحاكم، أو بغير حكمه؛ لأن إقراره علة حكم الحاكم. وسواء علم بالحال عند إقراره الأول، أو لم يعلم، لأن العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف. وحكى نحو هذا عن شريك، ويحتمل أنه إن علم بالثاني حين أقر بالأول، وعلم أنه إذا أقر به بعد الأول لا يقبل، ضمن؛ لتفويته حق غيره بتفريطه، وإن لم يعلم، لم يضمن؛ لأنه يجب عليه الإقرار بالأول إذا علمه، ولا يحوجه إلى حاكم، ومن فعل الواجب فقد أحسن، وليس بخائن، فلا يضمن. وقيل: هذا قياس قول الشافعي

وقال أبو حنيفة: إن كان الدفع بحكم حاكم، دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده؛ لأن حكم الحاكم كالأخذ منه كرها، وإن دفعه بغير حاكم، دفع إلى الثاني ثلث جميع المال؛ لأنه دفع إلى الأول ما ليس له تبرعا. ولنا على الأول، أنه أقر بما يجب عليه الإقرار به، فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الإمام يد السارق، فسرى إلى نفسه. وإن أقر بعدهما بثالث، فصدقاه، ثبت نسبه، وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم، إذا كان مع كل واحد ثلث المال، وإن كذباه، لم يثبت نسبه

وأخذ ربع ما في يد المقر به، وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها. وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى، وأهل المدينة، وبعض أهل البصرة.

[فصل معرفة الفضل في الميراث]

(٤٩٣٣) فصل: ومتى أردت معرفة الفضل، فاضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار، ثم تضرب ما للمقر من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار، إذا كانتا متباينتين، وتضرب ما للمنكر في مسألة الإنكار في مسألة." (١)

"أثمان ما في يده؛ لأن مسألة الإقرار من اثني عشر، له منها خمسة، وفي يده ثمانية، فالفاضل في يده ثلاثة.

[فصل خلف ابنين فأقر الأكبر بأخوين فصدقه الأصغر في أحدهما]

(٤٩٣٤) فصل: إذا خلف ابنين، فأقر الأكبر بأخوين، فصدقه الأصغر في أحدهما، ثبت نسب المتفق

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٥٦

عليه، فصاروا ثلاثة، فمسألة الإقرار إذا من ثلاثة، ومسألة الإنكار من أربعة، فتضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار، تكن اثني عشر، للأصغر سهم، من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار، أربعة، وللأكبر سهم في مسألة الإنكار، ثلاثة، وللمتفق عليه إن أقر بصاحبه مثل سهم الأكبر، وإن أنكر مثل سهم الأصغر

وذكر أبو الخطاب أن المتفق عليه إن صدق بصاحبه. لم يأخذ من المنكر إلا ربع ما في يده؛ لأنه لا يدعي أكثر منه، ويأخذ هو والمختلف فيه من الأكبر نصف ما بيده، فتصح من ثمانية؛ للمنكر ثلاثة أثمان، وللمقر سهمان، وللمتفق عليه سهمان، وللآخر سهم. وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك، والشافعي، - رضي الله عنه -. وفي هذا نظر؛ لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث، وقد حضر من يدعي الزيادة.

فوجب دفعها إليه، ونظير هذا ما لو ادعى إنسان دارا في يد رجل، فأقر بها لغيره، فقال المقر له: إنما هي لهذا المدعي. فإنها تدفع إليه. وقد رد الخبري على ابن اللبان هذا القول، وقال: على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان، وهو لا يدعي إلا الثلث، وقد حضر من يدعي هذه الزيادة، ولا منازع له فيها، فيجب دفعها إليه. قال: والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به، فيضمه إلى النصف الذي بيد المقر بهما، فيقسمانه أثلاثا، وتصح من تسعة؛ للمنكر ثلاثة، ولكل واحد من الآخرين سهمان

وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا، ولا يستقيم هذا على قول من لم يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه؛ لأن المقر بهما، والمتفق عليه، لا ينقص ميراثه عن الربع، ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان. وقيل: يدفع الأكبر إليهما نصف ما في يده، ويأخذ المتفق عليه من الأصغر ثلث ما في يده، فيحصل للأصغر الثلث، وللأكبر الربع، وللمتفق عليه السدس والثمن، وللمختلف فيه الثمن، وتصح من أربعة وعشرين، للأصغر، ثمانية، وللمتفق عليه سبعة، وللأكبر ستة، وللمختلف فيه ثلاثة. وفيها أقوال كثيرة سوى هذا.

[فصل خلف ابنا فأقر بأخوين دفعة واحدة فتصادقا]

(٤٩٣٥) فصل: إذا خلف ابنا، فأقر بأخوين دفعة، واحدة فتصادقا، ثبت نسبهما. وإن تجاحدا فكذلك في أحد الوجهين؛ لأن نسبهما ثبت بإقرار من هو كل الورثة قبلهما. وفي الآخر، لا يثبت؛ لأن الإقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة، ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده. وإن صدق أحدهما." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٥٨

"وقال ابن أبي ليلى: يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به. وإذا بلغت فصدقت إحداهن، أمسكت ما أخذ لها منها، وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها، وهذا القول أصوب، إن شاء الله تعالى لأن فيه احتياطا على حقها. ثلاثة إخوة لأب، ادعت امرأة أنها أخت الميت لأبيه وأمه، فصدقها الأكبر، وقال الأوسط: هي أخت لأم. وقال الأصغر: هي أخت لأب.

فإن الأكبر يدفع إليها نصف ما في يده، ويدفع إليها الأوسط سدس ما في يده، ويدفع إليها الأصغر سبع ما في يده، وتصح من مائة وستة وعشرين؛ لأن أصل مسألتهم ثلاثة، فمسألة الأكبر من اثنين، والثاني من ستة، والثالث من سبعة، والاثنان تدخل في الستة، فتضرب ستة، في سبعة، تكن اثنين وأربعين، فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الأكبر نصفه أحدا وعشرين، ومن الأوسط سدسه سبعة، ومن الأصغر سبعه ستة، صار لها أربعة وثلاثون. وهذا قياس قول ابن أبي ليلى

وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الأصغر، فيضم نصفه إلى ما بيد أحدهما، ونصفه إلى ما بيد الآخر، ويقاسم الأوسط على ثلاثة عشر، له عشرة، ولها ثلاثة، فيضم الثلاثة إلى ما بيد الأكبر، ويقاسمه ما بيده على أربعة، لها ثلاثة، وله سهم، فاجعل في يد الأصغر أربعة عشر؛ ليكون لسبعه نصف صحيح، واضربها في ثلاثة عشر، تكن مائة واثنين وثمانين، فهذا ما بيد كل واحد منهم، تأخذ من الأصغر سبعه، وهو ستة وعشرون.

تضم إلى ما بيد كل واحد من إخوته ثلاثة عشر، فيصير معه مائة وخمسة وتسعون، وتأخذ من الأوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر، وهي خمسة وأربعون، تضمها إلى ما بيد الأكبر، يصير معه مائتان وأربعون، فتأخذ ثلاثة أرباعها، وهي مائة وثمانون، ويبقى له ستون، ويبقى للأوسط مائة وخمسون، وللأصغر مائة وستة وخمسون، وترجع بالاختصار إلى سدسها، وهو أحد وتسعون.

[فصل خلف ابنا فأقر بأخ ثم جحده]

(٤٩٣٨) فصل: وإذا خلف ابنا. فأقر بأخ، ثم جحده، لم يقبل جحده، ولزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده. فإن أقر بعد جحده بآخر، احتمل أن لا يلزمه له شيء؛ لأنه لا فضل في يده عن ميراثه. وهذا قول ابن أبي ليلى. فإن كان لم يدفع إلى الأول شيئا، لزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده، ولا يلزمه للآخر شيء

ويحتمل أن يلزمه دفع النصف الباقي كله إلى الثاني؛ لأنه فوته عليه. وهذا قول زفر، وبعض البصريين. ويحتمل أن يلزمه ثلث ما في يده للثاني؛ لأنه الفضل الذي في يده، على تقدير كونهم ثلاثة، فيصير كما لو أقر بالثاني من غير جحد الأول. وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي، - رضي الله عنه -.

وقال أهل العراق إن كان دفع إلى الأول بقضاء دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده، وإن كان دفعه بغير قضاء، دفع إلى الثاني ثلث جميع
المال.." (١)

"الباغي، ولا يرث الباغي العادل
وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال. وهذا ظاهر مذهب الشافعي، أخذا بظاهر لفظ الحديث، ولأنه قاتل، فأشبه الصبي، والمجنون والنائم، والساقط على إنسان من غير اختيار منه، وسائق الدابة، وقائدها، وراكبها، إذا قتلت بيدها، أو فيها، فإنه يرثه؛ لأنه قتل غير متهم فيه، ولا مأثم فيه، فأشبه القتل في الحد. ولنا، على أبي حنيفة وأصحابه عموم الأخبار، خصصنا منها القتل الذي لا يضمن، ففيما عداه يبقى على مقتضاها، ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ
ولنا، على الشافعي، أنه فعل مأذون فيه، فلم يمنع الميراث، كما لو أطعمه أو سقاه باختياره، فأفضى إلى تلفه، ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق، كي لا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم، وزجرا عن إعدام النفس المعصومة، وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة، واستيفاء الحقوق المشروعة، ولا يفضي إلى إيجاد قتل محرم، فهو ضد ما ثبت في الأصل ولا يصح ال قياس على قتل الصبي، والمجنون؛ لأنه قتل محرم، وتفويت نفس معصومة، والتوريث يفضي إليه، بخلاف مسألتنا
إذا ثبت هذا، فالمشارك في القتل في الميراث كالمنفرد به؛ لأنه يلزمه من الضمان بحسبه، فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلما فقتل، لم يرثه، وإن شهد بحق، ورثه؛ لأنه غير مضمون.

[فصل أربعة إخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر]
(٤٩٤٥) فصل: أربعة إخوة قتل أكبرهم الثاني، ثم قتل الثالث الأصغر، سقط القصاص عن الأكبر؛ لأن ميراث الثاني صار للثالث والأصغر نصفين، فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه، وورثه الأكبر، فرجع إليه نصف دم نفسه، وميراث الأصغر جميعه، فسقط عنه القصاص، لميراثه بعض دم نفسه، وله القصاص على الأصغر، ويرثه في ظاهر المذهب، فإن اقتص منه ورثه، ويرث إخوته الثلاثة
ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما، وهما زوجان، ثم قتل الآخر أباه الآخر، سقط القصاص عن القاتل الأول، ووجب على القاتل الثاني؛ لأن الأول لما قتل أباه، ورث ماله ودمه أخوه وأمه، فلما قتل الثاني

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٦٠

أمه، ورثها قاتل الأب، فصار له من دم نفسه ثمنه، فسقط القصاص عنه لذلك، وله القصاص على الآخر، فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب. وإن جرح أحدهما أباه، والآخر أمه، وماتا في حال واحدة، ولا وارث لهما سواهما، فلكل واحد منهما مال الذي لم يقتله، ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه
وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الأبوين، ولم يكونا زوجين، فلكل واحد منهما القصاص على أخيه، إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان. وإن عفا أحدهما عن الآخر، فللآخر قتل العافي، ويرثه." (١)

"يرثها أهل دينها. فأما المعتق إذا خالف دينه دين معتقه، فسنذكره في باب الولاء، إن شاء الله تعالى.

[فصل الكفار يتوارثون إذا كان دينهم واحدا]

(٤٩٤٧) فصل: فأما الكفار فيتوارثون، إذا كان دينهم واحدا، لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يرث المسلم الكافر» دليل على أن بعضهم يرث بعضا. وقوله: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضا. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «وهل ترك لنا عقيل من دار» . دليل على أن عقيلا ورث أبا طالب دون جعفر، وعلي لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل على دين أبيه، مقيما بمكة، فباع رباعه بمكة، فلذلك لما قيل للنبي - صلى الله عليه وسلم -: أين تنزل غدا؟ قال: «وهل ترك لنا عقيل من رباع» . وقال عمر في عمة الأشعث بن قيس: يرثها أهل دينها. فإن اختلفت أديانهم، فاختلف عن أحمد، فروي عنه، أن الكفر كله ملة واحدة، يرث بعضهم بعضا. رواه عنه حرب، واختاره الخلال. وبه قال حماد، وابن شبرمة، وأبو حنيفة، والشافعي، وداود؛ لأن توريث الآباء من الأبناء، والأبناء من الآباء، مذكور في كتاب الله تعالى ذكرا عاما، فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع، وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم، ولأن قول الله تعالى: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال: ٧٣] عام في جميعهم. وروي عن أحمد، أن الكفر ملل مختلفة، لا يرث بعضهم بعضا. اختاره أبو بكر، وهو قول كثير من أهل العلم؛ لأن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . ينفي توارثهما، ويخص عموم الكتاب، ولم نسمع عن أحمد تصريحا بذكر أقسام الملل. وقال القاضي أبو يعلى: الكفر ثلاث ملل: اليهودية، والنصرانية، ودين من عداهم؛ لأن من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم. وهذا قول شريح، وعطاء، وعمر بن عبد العزيز، والضحاك، والحكم. والثوري، والليث،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٦٦

وشريك، ومغيرة الضبي، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، ووكيع. وروي ذلك عن مالك. وروي عن النخعي، والثوري، القولان معا. ويحتمل كلام أحمد – رضي الله عنه – أن يكون الكفر مللا كثيرة، فتكون المجوسية ملة، وعبادة الأوثان ملة أخرى، وعبادة الشمس ملة، فلا يرث بعضهم بعضا. روي ذلك عن علي. وبه قال الزهري، وربيعة وطائفة من أهل المدينة، وأهل البصرة، وإسحاق وهو أصح الأقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . ولأن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم، ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا، كالمسلمين والكفار، والعمومات في التوريث مخصوصة، فيخص منها محل النزاع بالخبر وال قياس، ولأن مخالفينا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام، مع اتفاقهم في الملة، لانقطاع الموالاة، فمع اختلاف الملة أولى. وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح، فإن هذا وصف عدمي، لا يقتضي حكما، ولا جمعا، ثم." (١)

"لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره، ثم قد افترق حكمهم، فإن المجوس يقرون بالجزية، وغيرهم لا يقر بها، وهم مختلفون في معبوداتهم، ومعتقداتهم، وآرائهم، يستحل بعضهم دماء بعض، ويكفر بعضهم بعضا، فكانوا مللا كاليهود والنصارى. وقد روي ذلك عن علي – رضي الله عنه – فإن إسماعيل بن أبي خالد، روى عن الشعبي، عن علي – عليه السلام – أنه جعل الكفر مللا مختلفة. ولم يعرف له مخالف في الصحابة، فيكون إجماعا.

[فصل أهل الملة الواحدة يتوارثون]

(٤٩٤٨) فصل: و قياس المذهب عندي، أن الملة الواحدة يتوارثون، وإن اختلفت ديارهم؛ لأن العمومات من النصوص تقتضي توريثهم، ولم يرد بتخصيصهم نص، ولا إجماع، ولا يصح فيهم قياس، فيجب العمل بعمومها. ومفهوم قوله – عليه السلام – «لا يتوارث أهل ملتين شتى.» أن أهل الملة الواحدة يتوارثون. وضبطه التوريث بالملة والكفر والإسلام، دليل على أن الاعتبار به دون غيره، ولأن مقتضى التوريث موجود، فيجب العمل به، ما لم يقم دليل على تحقق المانع. وقد نص أحمد في رواية الأثرم، في من دخل إلينا بأمان فقتل، أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى الورثة. وقد روي «أن عمرو بن أمية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة، فوجد رجلين في طريقه من الحي الذي قتلوهم، وكانا أتيا النبي – صلى الله عليه وسلم – في أمان، ولم يعلم عمرو، فقتلهما، فوداهما النبي – صلى الله عليه وسلم –.» ولا شك

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٦٨

في أنه بعث بديتهما إلى أهلهما. وقال القاضي: قياس المذهب عندي، أنه لا يرث حربي ذميا، ولا ذمي حربيا؛ لأن الموالاة بينهما منقطعة، فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب، وأهل دار الإسلام. وبهذا قال الشافعي - رضي الله عنه -. وبه قال أبو حنيفة، إلا أن المستأمن لا يرثه الذمي؛ لأن دارهما مختلفة. قال القاضي: ويرث أهل الحرب بعضهم بعضا، سواء اتفقت ديارهم، أو اختلفت. وهذا قول الشافعي. - رضي الله عنه - وقال أبو حنيفة: إذا اختلفت ديارهم، بحيث كان لكل طائفة ملك، ويرى بعضهم قتل بعض، لم يتوارثا؛ لأنهم لا موالاة بينهم، أشبه أهل دار الحرب، فجعلوا اتفاق الدار، واختلافها ضابطا للتوريث، وعدمه. ولا نعلم في هذا كله حجة من كتاب ولا سنة، مع مخالفته لعموم النص المقتضي للتوريث، ولم يعتبروا الدين في اتفاقه، ولا اختلافه، مع ورود الخبر فيه، وصحة العبرة فيها، فإن المسلمين يرث بعضهم بعضا، وإن اختلفت الدار بهم، فكذلك الكفار. ولا يرث المسلم كافرا، ولا الكافر مسلما؛ لاختلاف الدين بهم، وكذلك لا يرث مختلفا الدين أحدهما من صاحبه شيئا.." (١)

"أعتق. وليس بصحيح؛ فإن الإسلام قربة وهو أعظم الطاعات، والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها، فورد الشرع بتوريثه، ترغيبا له في الإسلام، وحثا عليه، والعتق لا صنع له فيه، ولا يحمد عليه، فلم يصح قياسه عليه، ولولا ما ورد من الأثر من توريث من أسلم، لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت؛ لأن الملك ينتقل به إلى الورثة، فيستحقونه، فلا يبقى لمن حدث شيء، ولكن خالفناه في الإسلام للأثر، وليس في العتق أثر يجب التسليم له، ولا هو في معنى ما فيه الأثر، فيبقى على موجب ال قياس.

[مسألة مال المرتد إذا مات أو قتل على ردته]

(٤٩٥٤) مسألة؛ قال (ومتى قتل المرتد على ردته، فماله فيء) اختلفت الرواية عن أحمد في مال المرتد إذا مات، أو قتل على ردته، فروي عنه أنه يكون فيئا في بيت مال المسلمين. قال القاضي: هو صحيح في المذهب. وهو قول ابن عباس، وربيعة، ومالك، وابن أبي ليلى، والشافعي - رضي الله عنهم - وأبي ثور، وابن المنذر. وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين. وروي ذلك عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - وعلي، وابن مسعود - رضي الله عنهم - وبه قال ابن المسيب، وجابر بن زيد، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء، والشعبي، والحكم، والأوزاعي، والثوري، وابن شبرمة، وأهل العراق. وإسحاق. إلا أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٦٩

الثوري، وأبا حنيفة، واللؤلؤي، وإسحاق، قالوا: ما اكتسبه في ردته يكون فيئا. ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه. ووجه هذا القول أنه قول الخليفتين الراشدين، فإنه يروى عن زيد بن ثابت، قال: بعثني أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين. ولأن ردته ينتقل بها ماله، فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين، كما لو انتقل بالموت. وروي عن أحمد، رواية، أن ماله لأهل دينه الذي اختاره، إن كان منه من يرثه، وإلا فهو فيء. وبه قال داود. وروي عن علقمة، وسعيد بن أبي عروة؛ لأنه كافر، فورثه أهل دينه، كالحربي، وسائر الكفار. والمشهور الأول؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم» . وقوله: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . ولأنه كافر، فلا يرثه المسلم، كالكافر الأصلي، ولأن ماله مال مرتد، فأشبه الذي كسبه في ردته، ولا يمكن جعله لأهل دينه؛ لأنه لا يرثهم، فلا يرثونه، كغيرهم من أهل الأديان، ولأنه يخالفهم في حكمهم؛ فإنه لا يقر على ما انتقل إليه، ولا توكل له ذبيحة، ولا يحل نكاحه إن كان امرأة، فأشبه الحربي مع الذمي. فإن قيل: إذا جعلتموه فيئا فقد." (١)

"ورثتموه للمسلمين. قلنا: لا يأخذونه ميراثا، بل يأخذونه فيئا، كما يؤخذ مال الذمي إذا لم يخلف وارثا، وكالعشور.

[فصل الزنديق لا يرث ولا يورث]

(٤٩٥٥) فصل: والزنديق، كالمرتد؛ لا يرث ولا يورث. وقال مالك في الزنديق الذي يتهم بذمي ورثته عند موته: ماله لورثته من المسلمين، مثل من يرتد إذا حضره الموت. قال: وترثه زوجته، سواء انقضت عدتها، أو لم تنقض، كالتي يطلقها زوجها في مرض موته؛ ليحرمها الميراث؛ لأنه فار من ميراث من انعقد سبب ميراثه، فورثه، كالمطلقة في مرض الموت. ولنا؛ قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يرث المسلم الكافر.» و قياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتد في مرض موته، يرثه الآخر؛ لأنه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته، فأشبه الطلاق، وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها، ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل الزوجين، فيكون مثل مذهب مالك. وقال أبو يوسف: إذا ارتدت المريضة، فماتت في عدتها، أو لحقت بدار الحرب، ورثها زوجها. وروى اللؤلؤي، عن أبي حنيفة: إذا ارتد الرجل، فقتل على ردته، أو لحق بدار الحرب، بانت منه امرأته، فإن كانت مدخولا بها، ورثته، إذا كان ذلك قبل انقضاء عدتها، وإن كانت غير مدخول

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٢/٦

بها، بانت ولم ترثه. وإن ارتدت المرأة من غير مرض، فماتت، لم يرثها زوجها؛ لأنها عندهم لا تقتل، فلم تكن فارة من ميراثه، بخلاف الرجل.

[فصل ميراث الزوجين إذا ارتداد معا]

(٤٩٥٦) فصل: وارتداد الزوجين معا، كارتداد أحدهما؛ في فسخ نكاحهما، وعدم ميراث أحدهما من الآخر، سواء لحقا بدار الحرب، أو أقاما بدار الإسلام. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا ما ارتدا معا، لم ينفسخ النكاح، ولم يتوارثا؛ لأن المرتد لا يرث المرتد ما داما في دار الإسلام، فإن لحقا بدار الحرب توارثا. ولنا؛ أنهما مرتدان، فلم يتوارثا، كما لو كانا في دار الإسلام

ولو ارتدا جميعا، ولهما أولاد صغار، لم يتبعوهم في ردتهم، ولم يرثوا منهم شيئا، ولم يجز استرقاقهم، سواء لحقوهم بدار الحرب، أو لم يلحقوهم.." (١)

"تزوج امرأة في عدتها، توارثا، في ظاهر مذهب أحمد - رضي الله عنه - فإنه قال: إذا أسلما، وقد نكحها في العدة أقرا عليه. وهذا قول أبي حنيفة. وقال القاضي: إن أسلما بعد انقضاء العدة، أقرا، وإن أسلما قبل لم يقرا

فعلى هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة، لم يتوارثا، وإن مات بعده، توارثا. وهذا قول الشافعي - رضي الله عنه -. وتأول القاضي رواية أحمد، على من أسلم بعد انقضاء العدة. وإن تزوجها وهي حبلى من زوج، أو زنا، فالحكم فيه كالتي قبلها سواء؛ لأن الزنى موجب للعدة. وبهذا قال الشافعي - رضي الله عنه - في الحامل من زوج. وقال أبو حنيفة، وأصحابه، في الحامل من زوج: لا يتوارثان. وقال أبو حنيفة، والشافعي، في الحامل من الزنا: يتوارثان

وقال أبو يوسف، وزفر، واللؤلؤي: لا يتوارثان. وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه إذا أسلما، أو تحاكما إلينا، ونذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

[فصل ميراث القرابة]

(٤٩٦٠) فصل: فأما القرابة فيرثون بجميعها، إذا أمكن ذلك. نص عليه أحمد. وهو قول عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وزيد في الصحيح عنه. وبه قال النخعي، والثوري، وقتادة، وابن أبي ليلى، وأبو

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٧٣

حنيفة، وأصحابه، ويحيى بن آدم، وإسحاق، وداود، والشافعي – رضي الله عنهم –، في أحد قوليه. واختاره ابن اللبان.

وعن زيد، أنه ورثه بأقوى القرابتين، وهي التي لا تسقط بحال. وبه قال الحسن، والزهري، والأوزاعي، ومالك، والليث، وحماد، وهو الصحيح عن الشافعي. وعن عمر بن عبد العزيز، ومكحول، والشعبي، القولان جميعا، واحتجوا بأنهما قرابتان، لا يورث بهما في الإسلام، فلا يورث بهما في غيره، كما لو أسقطت إحداهما الأخرى. ولنا، أن الله تعالى فرض للأم الثلث، وللأخت النصف، فإذا كانت الأم أختا، وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين، كالشخصين.

ولأنهما قرابتان، ترث بكل واحدة منهما منفردة، لا تحجب إحداهما الأخرى، ولا ترجح بها، فترث بهما، مجتمعين، كزوج هو ابن عم، أو ابن عم هو أخ من أم، وكذوي الأرحام المدلين بقرابتين. و قياسهم فاسد؛ لأن القرابتين في الأصل تسقط إحداهما الأخرى إذا كانتا في شخصين، فكذلك إذا كانتا في شخص. وقولهم: لا يورث بهما في الإسلام. ممنوع، فإنه إذا وجد ذلك من وطء شبهة في الإسلام ورث بهما، ثم إن امتناع الإرث بهما في الإسلام لعدم وجودهما، ولو تصور وجودهما لورث بهما، بدليل أنه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج، أو أخ من أم

قال ابن اللبان: واعتبارهم عندي فاسد، من قبل أن الجدة تكون أختا لأب، فإن ورثوها بكونها جدة، لكون الابن يسقط الأخت دونها، لزمهم توريثها، بكونها أختا، لكون الأم تسقط الجدة دونها.." [١]

"أيضا، تضربها في الأولى، تكن خمسة وعشرين، ثم قدر موت الأخ من الأب، عن أخت لأبويه، وأخ وأخت لأبيه، فهي من ستة، ثم مات الأخ من الأب عن ثلاث أخوات مفترقات، فهي من خمسة، تضربها في الأولى، تكن ثلاثين. فإن خلف بنتا وأخوين، فلم يقتسموا التركة حتى غرق الأخوان، وخلف أحدهما امرأة وبنتا وعما؛ وخلف الآخر ابنتين، وابنتين؛ الأولى من أربعة، مات أحدهم عن سهم، ومسألته من ثمانية، لأخيه منها ثلاثة بين أولاده على ستة رجعوا إلى اثنين، تضربها في ثمانية، تكن ستة عشر وفريضة الآخر من ستة، يتفقان بالنصف، فاضرب نصف إحداهما في الأخرى، تكن ثمانية وأربعين، ثم في أربعة، تكن مائة واثنين وتسعين، للبنت نصفها، ولأولاد الأخ عن أبيهم ربعها، وعن عمهم ثمانية عشر، صار لهم ستة وستون، ولامرأة الأخ ستة، ولبنته أربعة وعشرون.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٥/٦

[فصل علم خروج روح المتوارثين معا في حال واحدة]

(٤٩٦٤) فصل: وإن علم خروج روحهما معا في حال واحدة، لم يرث أحدهما صاحبه، وورث كل واحد الأحياء من ورثته؛ لأن توريثه مشروط بحياته بعده، وقد علم انتفاء ذلك. وإن علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه، ثم أشكل، أعطي كل وارث اليقين، ووقف الباقي حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا. قال القاضي: و قياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرقى الذين جهل حالهم. وإن ادعى ورثة كل ميت أنه آخرهما موتا، فهي مسألة الخرقي - رضي الله عنه -

وقد نص فيها الإمام أحمد على أن ورثة كل ميت يحلفون، ويختصون بميراثه، فيحتمل أن يقاس على هذه الصورة سائر الصور، فيتخرج في الجميع روايتان، ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها؛ لأن هذه الصور فيها مدع ومنكر، واليمين على من أنكر، بخلاف بقية الصور، والله أعلم.

[مسألة من لم يرث لمعنى فيه لا يحجب غيره]

(٤٩٦٥) مسألة؛ قال: (ومن لم يرث لم يحجب) يعني من لم يرث لمعنى فيه، كالمخالف في الدين، والرقيق، والقاتل، فهذا لا يحجب غيره، في قول عامة أهل العلم من الصحابة، والتابعين، إلا ابن مسعود، ومن وافقه، فإنهم يحجبون الأم، والزوجين بالولد الكافر، والقاتل، والرقيق، ويحجبون الأم بالإخوة الذين هم كذلك. وبه قال أبو ثور وداود. وتابعه الحسن في القاتل دون غيره. ولعلهم تمسكوا بعموم قوله تعالى ﴿فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾ [النساء: ١٢] .

وقوله تعالى ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء: ١١] . وقوله ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السدس﴾ [النساء: ١١] .." (١)

"لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا. وقال عبد الله بن عبد الحكم: ينتظر به إلى تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد. ولعله يحتج بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أعمار أمتي ما بين السبعين والستين» . أو كما قال؛ ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا، فأشبه التسعين

وقال الحسن بن زياد: ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة. قال: ولو فقد وهو ابن ستين سنة، وله مال، لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى، فيكون له مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة، فيقسم ماله

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٨١

حينئذ بين ورثته إن كانوا أحياء، وإن مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين، وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من مال المفقود، وكان ماله للأحياء من ورثته، ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار، فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف إلى ورثة موروث المفقود، ولم يكن لورثة المفقود

قال اللؤلؤي: وهذا قول أبي يوسف. وحكى الخبري عن اللؤلؤي أنه قال: إن الموقوف للمفقود، وإن لم يعلم خبره يكون لورثته. قال: وهو الصحيح عندي، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن اللبان عن اللؤلؤي، فقال: لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة بيوم، أو بعد فقده بيوم، وتمت مائة وعشرون سنة، لم تورث منه شيئا، ولم نورثه منها؛ لأننا لا نعلم أيهما مات أولا

وهذا قياس قول من قال في الغرقى: إنه لا يورث أحدهم من صاحبه، ويرث كل واحد الأحياء من ورثته. قال القاضي: هذا قياس قول أحمد. واتفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله، لا من مات قبل ذلك، ولو بيوم. واختلفوا في من مات وفي ورثته مفقود فمذهب أحمد وأكثر الفقهاء، على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين، ويوقف الباقي حتى يتبين أمره، أو تمضي مدة الانتظار ، فتعمل المسألة على أنه حي، ثم على أنه ميت، وتضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا، أو في وقفهما إن اتفقتا، وتجتزئ إحداهما إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا، وتعطي كل واحد أقل النصيبين، ومن لا يرث إلا من أحدهما لا تعطيه شيئا، وتقف الباقي. ولهم أن يصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود، واختاره ابن اللبان؛ لأنه لا يخرج عنهم. وأنكر ذلك الوني، وقال: لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة، وهي متيقنة، ثم يقال له: لك أن تصالح على بعضه

بل إن جاز ذلك، فالأولى أن نقسم المسألة على تقدير الحياة، ونقف نصيب المفقود لا غير. والأول أصح، إن شاء الله تعالى فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه، ويقين الحياة معارض بظهور الموت، فينبغي أن يورث كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه؛ لأنه حقهم، لا يخرج عنهم، وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه، كما تقدم في نظائره، ووجوب وقفه." (١)

"ميراثهن بالطلاق، فكذلك يمنع من تنقيصهن منه، وكلا الوجهين بعيد؛ أما أحدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات، فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٩٠

من النص في معناه، وأما الآخر فلأن الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع، ولا الجمع بين الأختين. فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية. وعلى هذا لو طلق أربعا في مرضه، وانقضت عدتهن، ونكح أربعا سواهن، ثم مات من مرضه، فعلى الأول ترثه المنكوحات دون المطلقات

وعلى الثاني يكون فيه وجهان؛ أحدهما، أن الميراث كله للمطلقات. وعلى الثاني هو بين الثمان. وقال مالك: الميراث للمطلقات، ولا شيء للمنكوحات؛ لأن نكاحهن غير صحيح عنده. وإن صح من مرضه، فتزوج أربعا في صحته ثم مات، فالميراث لهن في قول الجمهور، ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه. وكذلك إن تزوجت المطلقات لم يرثن شيئا إلا في قوله وقول من وافقه. ولو طلق أربعا بعد دخوله بهن ثلاثا في مرضه، وقال: قد أخبرنني بانقضاء عدتهن

فكذبنه، فله أن ينكح أربعا سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها، ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث. وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، واللؤلؤي، إذا كان بعد أربعة أشهر. وقال زفر: لا يجوز له التزويج أيضا. والأول أصح؛ لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لا حق لهن فيه، فقبل قوله فيه. فعلى هذا إن تزوج أربعا في عقد واحد، ثم مات، ورثه المطلقات دون المنكوحات، إلا أن يمتن قبله، فيكون الميراث للمنكوحات

وإن أقررن بانقضاء عدتهن، وقلنا: الميراث لهن بعد انقضاء العدة. فالميراث للمنكوحات أيضا. وإن مات منهن ثلاث، فالميراث للباقية. وإن مات منهن واحدة، ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان، أو مات من المطلقات اثنتان، ومن المنكوحات واحدة، فالميراث لباقي المطلقات. وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاث، أو من المطلقات اثنتان، ومن المنكوحات اثنتان، أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة، فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معا؛ لأنه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع، جاز فكان صحيحا

وإن تزوج المنكوحات في أربعة عقود، فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الأولى من المنكوحات. وإن مات اثنتان، ورثت الأولى والثانية. وإن مات ثلاث، ورثت الأولى والثانية والثالثة من المنكوحات، مع من بقي من المطلقات. وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف واللؤلؤي. وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٠٢

"ولنا، قول علي، – رضي الله عنه – ولا يعارضه قول ابن عباس؛ لأن ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله، فإنه قال: إذا ثبت لنا عن علي قول، لم نعده إلى غيره

وقال: ما علمي إلى علم علي، إلا كالقرارة إلى المثعنجر. ولأنه إزالة ملك عن الآدمي، فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه، كالعتق. وقد بينت ذلك في العتق بخبر عمران بن الحصين. ولأن الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة، فينبغي أن تستعمل فيه القرعة، كالقسمة في السفر بين النساء، فأما قسم الميراث بين الجميع، ففيه دفع إلى إحداهن ما لا تستحقه، وتنقيص بعضهن حقها يقينا، والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن، وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقينا

ولو كان له امرأتان، فطلق إحداهما، ثم ماتت إحداهما، ثم مات أقرع بينهما، فمن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرثها إن كانت الميتة، ولم ترثه إن كانت الأخرى. وفي قول أهل العراق: يرث ال أولى، ولا ترثه، الأخرى. وللشافعي قولان؛ أحدهما، يرجع إلى تعيين الوارث، فإن قال: طلق الميتة. لم يرثها، وورثته الحية. وإن قال: طلق الحية. حلف على ذلك، وأخذ ميراث الميتة، ولم تورث الحية. والقول الثاني، يوقف من مال الميتة ميراث الزوج، ومن مال الزوج ميراث الحية

وإن كان له امرأتان قد دخل بإحداهما دون الأخرى، وطلق إحداهما لا بعينها، فمن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق، وللأخرى حكم الزوجية. وقال أهل العراق: للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث إن مات في عدتها، وللأخرى ربعه لأن للمدخول بها نصفه بيقين، والنصف الآخر يتداعيانه، فيكون بينهما. وفي قول الشافعي: النصف للمدخول بها، والثاني موقوف. وإن كانتا مدخولا بهما، فقال في مرضه: أردت هذه. ثم مات في عدتها، لم يقبل قوله؛ لأن الإقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه

وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال زفر: يقبل قوله، والميراث للأخرى. وهو قياس قول الشافعي. ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين، فلها نصف الميراث، وللاثنتين نصفه. وفي قول الشافعي نصفه موقوف.

[فصل له أربع نسوة فطلق إحداهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات ولم يبين]

(٤٩٩١) فصل: ولو كان أربع نسوة، فطلق إحداهن غير معينة، ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها، ثم مات ولم يبين، فللخامسة ربع الميراث والمهر، ويقرع بين الأربع. وقال أهل العراق: لهن ثلاثة أرباع الميراث بينهن وإن كن غير مدخول بهن، فلهن ثلاثة مهور ونصف. وفي قول الشافعي، يوقف ثلاثة أرباع الميراث،

ومهر ونصف بين الأربع، فإن جاءت واحدة تطلب ميراثها لم تعط شيئا
وإن طلبه اثنتان دفع." [١]

"عمر نصف ماله، وجعل النصف في بيت المال. وعلى القول المنصوص عن أحمد، إن خلف السائبة مالا، اشتري به رقاب فأعتقوا، فإن رجع من ميراثهم شيء، اشتري به أيضا رقاب فأعتقوا. وإن خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله، أخذ فرضه، واشتري بباقيه رقاب فأعتقوا، ولا يرد على ذي الفرض.

[فصل أعتق عبدا عن كفارته أو نذره أو من زكاته]

(٥٠٠١) فصل: وإن أعتق عبدا عن كفارته أو نذره أو من زكاته، فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته: إن ورث منه شيئا جعله في مثله. قال: وهذا قول الحسن. وبه قال إسحاق وعلى قياس ذلك العتق من الكفارة والنذر؛ لأنه واجب عليه. وقد روي عن أحمد، أنه قال في الذي يعتق في الزكاة: ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه

وقال مالك، والعنبري: ولاؤه لسائر المسلمين، ويجعل في بيت المال. وقال أبو عبيد: ولاؤه لصاحب الصدقة. وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الولاء لمن أعتق.» ولأن عائشة، اشترت بريرة بشرط العتق، فأعتقتها، فكان ولاؤها لها. وشرط العتق يوجبه، ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما اشترط عليه العتق فأعتق

ولنا، أن الذي أعتق من الزكاة معتق من غير ماله، فلم يكن له الولاء، كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها وأعتق، وكما لو دفع إلى المكاتب مالا، فأداه في كتابته، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله، والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه، فأشبه العتق من الزكاة. وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يعتق من الزكاة وعلل بعضهم المنع من ذلك، بأنه يجر الولاء إلى نفسه فينتفع بزكاته. وهذا قول لأحمد، رواه عنه جماعة. وهو قول النخعي، والشافعي.

[مسألة ملك ذا رحم محرم]

(٥٠٠٢) مسألة؛ قال: (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه، وكان ولاؤه له) ذو الرحم المحرم: القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلا والآخر امرأة. وهم الوالدان وإن علوا من قبل الأب والأم جميعا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٠٤

والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات، والإخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا، والأعمام والعمات والأخوال والخالات دون أولادهم، فمتى ملك أحدا منهم عتق عليه

روي ذلك عن عمر، وابن مسعود – رضي الله عنهما – وبه قال الحسن، وجابر بن زيد، وعطاء، والحكم، وحماد، وابن أبي ليلى، والثوري، والليث، وأبو حنيفة، والحسن بن صالح، وشريك، ويحيى بن آدم. وأعتق مالك الوالدين والمولودين وإن بعدوا، والإخوة والأخوات." (١)

"ولده

وليس بصحيح؛ لأنه حر الأصل، فلم يثبت الولاء على ولده، كما لو كان عربيا. وسواء كان مسلما أو ذميا، أو حربيا، أو مجهول النسب أو معلومه. وهذا قول أبي يوسف، ومالك وابن شريح. وقال القاضي: إن كان مجهول النسب، ثبت الولاء على ولده لمولى الأم إن كانت مولاة. قال ابن اللبان: وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال الخبري: هذا قول أبي حنيفة، ومحمد، وأحمد؛ لأن مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود، وإنما امتنع في محل الوفاق بحرية الأب، فإذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الأصل، ولا يزول عن اليقين بالشك، ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا، أن الأب حر محكوم بحريته، فأشبه معروف النسب، ولأن الأصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء، فلا يترك هذا الأصل بالوهم في حق الولد، كما لم يترك في حق الأب. وقولهم: مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود. ممنوع؛ فإنه إنما ثبت لمولى الأم بشرط رق الأب، وهذا الشرط منتف حكما وظاهرا. وإن سلمنا وجود المقتضي، فقد ثبت المانع حكما، فإن الأب حريته ثابتة حكما، فلا تعويل على ما قالوه

وإن كان الأب مولى، والأم مجهولة النسب، فلا ولاء عليه في قولنا و قياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه؛ لأنا شككنا في المانع من ثبوته. ولنا، ما ذكرنا في التي قبلها، ولأن الأم لا تخلو من أن تكون حرة الأصل، فلا ولاء على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبدا، أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه. والاحتمال الأول راجح؛ لوجهين؛ أحدهما، أنه محكوم به في الأم، فيجب الحكم به في ولدها

الثاني، أنه معتضد بالأصل، فإن الأصل الحرية، ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال، لكان الاحتمال الذي صاروا إليه معارضا باحتمالين، كل واحد منهما مساو له، فترجيحه عليهما تحكم لا يجوز المصير إليه بغير دليل، وهذا وارد عليهم في المسألة الأولى أيضا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٤/٦

[فصل تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين]

(٥٠١٩) فصل: إذا تزوج معتق بمعتقة، فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيهما. فإن نفاهما باللعان، عاد ولاؤهما إلى مولى أمهما. فإن مات أحدهما، فميراثه لأمه ومواليهما. فإن أكذب أبوهما نفسه، لحقه نسبهما، واسترجع الميراث من موالي الأم. ولو كان أبوهما عبدا، ولم ينفهما، وورث موالي الأم الميت منهما، ثم أعتق الأب انجر الولاء إلى موالي الأب، ولم يكن لهم ولا للأب استرجاع الميراث؛ لأن الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الأب، ويفارق الأب إذا أكذب نفسه؛ لأن النسب ثبت من حين خلق الولد.." (١)

"فولاء ولدها لمولى أبيها؛ لأن ولاءها له، فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة، فالولاء لمولى أم أبي الأم، على الوجه الأول؛ لأن مولى أم أبي الأم يثبت له الولاء على أبي الأم، فكان مقدما على المعتقين أمها، ويثبت له الولاء عليها.

[فصل تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشترتا أباهما]

(٥٠٢٣) فصل: في دور الولاء، إذا تزوج عبد معتقة، فأولدها بنتين، فاشترتا أباهما، عتق عليهما، ولهما عليه الولاء، وتجر كل واحدة منهما نصف ولاء أختها إليها؛ لأنها أعتقت نصف الأب، ولا ينجر الولاء الذي عليها، ويبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لمولى أمها. فإن مات الأب، فماله لهما ثلثاه بالبنوة، وباقيه بالولاء. فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلأختها النصف بالنسب، ونصف الباقي بأنها مولاة نصفها، فصار لها ثلاثة أرباع مالها، والربع الباقي لمولى أمها. فإن كانت إحداهما ماتت قبل أبيها، فمالها لأبيها. ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها؛ لكونها بنته، ونصف الباقي وهو الربع، لكونها مولاة نصفه، يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت؛ لأنها مولاة نصف أختها، صار لها سبعة أثمان ميراثه، ولمولى أم الميتة، الثمن. فإن ماتت البنت الباقية بعدهما، فمالها لمواليها، نصفه لمولى أمها، ونصفه لمولى أختها الميتة، وهم أختها وموالي أمها، فنصفه لمولى أمها، وهو الربع، والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة، فهذا الجزء دائر؛ لأنه خرج من هذه الميتة، ثم دار إليها، فقال القاضي: يجعل في بيت المال؛ لأنه لا مستحق له نعلمه. وهذا قول محمد بن الحسن و قياس قول مالك، والشافعي. وقال بعض الشافعية، وبعض المدنيين: هو لمولى أم الميتة. وهذا قول الجمهور. وهاتان المسألتان أصل في دور الولاء، وفيها

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٢١

أقوال شاذة سوى ما ذكرناه، وهذا أصح ما قيل فيها، إن شاء الله، فإن ماتت الابنتان قبل الأب، ورث مالهما بالنسب. فإن مات بعدهما، فماله يقسم على ثمانية أسهم، لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم، سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أختها، يقسمان أيضا لمولى أمها سهم، وسهم دائر يرجع إلى بيت المال، فيحصل لبيت المال الربع، ولمولى أمها ثلاثة أرباع. فإن كن ثلاثا ماتت إحداهن قبل الأب، والأخرى بعده، فمال الأب على سبعة وعشرين، لابنتيه ثلثاها بالنسب، وثلثا الباقي بولائهما عليه، وثلث الباقي بولائهما على أختهما، ويبقى لمولى الأم سهم، ومال الثانية على ثمانية عشر، للحية تسعة بالنسب، وثلاثة بولائها عليها، ولمولى أمها ثلاثة، ويبقى ثلاثة لموالي الميتة الأولى للحية سهم، ولمولى أمها سهم، ويبقى سهم دائر، فمن جعله لبيت المال، دفعه إليه، ومن جعله لمولى الأم، فهو له، ومن لم يدفعه، قسمه بين الحية ومولى الأم نصفين، وترجع بالاختصار إلى أربعة، فإن كانت أمهاتهن شتى فمن اثني عشر. فإن اشترى الابنتان أباهما، ثم اشترى أبوهما هو والكبرى." (١)

"[فصل ترك جد مولاه وعم مولاه في ميراث المولى]

فصل: وإن ترك جد مولاه وعم مولاه، فهو للجد. وكذلك إن ترك جد أبي مولاه وعم مولاه، أو جد جد مولاه وعم مولاه، فهو للجد. وبه يقول الثوري، والأوزاعي، وأهل العراق. وقال الشافعي: هو للعم وبنيه وإن سفلوا، دون جد الأب. وهو قياس قول مالك. قال الشافعي: ومن جعل الجد والأخ سواء، فجد الأب والعم سواء، وهو أولى من ابن العم.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يرثه أولى الناس بالمعتق.» والجد أولى بالمعتق، بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته، ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك. والعجب أن الشافعي رحمة الله عليه، نزل الجد أبا في ولاية المال وولاية الإجبار على النكاح، ووافق غيره في وجوب الإنفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنه، وعتق ابن ابنه عليه، وانتفاء القصاص عنه بقتل ابن ابنه، والحد بقذفه، وغير ذلك من أحكام الأب، ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاء.

[مسألة هلك رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى]

(٥٠٣٣) مسألة؛ قال: (وإذا هلك رجل عن ابنين ومولى، فمات أحد الابنين بعده عن ابن، ثم مات المولى، فالولاء لابن معتقه؛ لأن الولاء للكبر. ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى، وخلف أحدهما ابنا، والآخر

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٢٣

تسعة، كان الولاء بينهم على عددهم، لكل واحد منهم عشره) هذا قول أكثر أهل العلم. قال الإمام أحمد: روي هذا عن عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، وابن مسعود. وروى سعيد.

ثنا هشيم، ثنا أشعث بن سوار، عن الشعبي، أن عمر، وعليا، وابن مسعود، وزيدا، كانوا يجعلون الولاء للكبر. وروي ذلك عن ابن عمر، وأبي بن كعب، وأبي مسعود البدري، وأسامة بن زيد. وبه قال عطاء، وطاوس، وسالم بن عبد الله، والحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، والزهري، وقتادة، وابن قسيط، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وداود.

كلهم قالوا: الولاء للكبر. وتفسيره أنه يرث المولى المعتق من عصبات سيده أقربهم إليه، وأولاهم بميراثه يوم موت العبد. قال ابن سيرين: إذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلى الذي أعتقه، فيجعل ميراثه له، وإذا مات السيد قبل مولاه، لم ينتقل الولاء إلى عصبته؛ لأن الولاء كالنسب، لا ينتقل، ولا يورث، وإنما يورث به، فهو باق للمعتق أبدا، لا يزول عنه، بدليل قوله – عليه السلام –: «إنما الولاء لمن أعتق»

وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» . إنما يرث عصبة السيد مال مولاه بولاء معتقه، لا نفس الولاء. ويتضح معنى هذا القول بمسألتي الخرقي اللتين ذكرناهما هاهنا، وهما: إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن، ثم مات المولى، ورثه ابن معتقه." (١)

"دون ابن ابن معتقه؛ لأن ابن معتقه أقرب عصبة سيده. ولو مات السيد، وخلف ابنه وابن ابنه، لكان ميراثه لابنه، دون ابن ابنه، فكذلك إذا مات المولى. والمسألة الأخرى، إذا هلك الابنان بعده، وقبل مولاه، وخلف أحدهما ابنا، والآخر تسعة، ثم مات المولى.

كان ميراثه بينهم على عددهم، لكل واحد منهم عشره؛ لأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك، فكذلك ميراث، مولاه، ولو كان الولاء موروثا لانعكس الحكم في المسألتين، فكان الميراث في المسألة الأولى بين الابن وابن الابن؛ لأن الابنين ورثا الولاء عن أبيهما، ثم ما صار للابن الذي مات انتقل إلى ابنه، فصار ميراث المولى بينه وبين عمه نصفين. وفي المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ولبني الابن الآخر النصف بينهم على عددهم. وشذ شريح، فقال: الولاء بمنزلة المال، يورث عن المعتق، فمن ملك شيئا حياته، فهو لورثته.

وقد حكي عن عمر، وعلي، وابن عباس، وابن المسيب، نحو هذا. وروي عن حنبل، ومحمد بن الحكم، عن أحمد نحوه. وغلطهما أبو بكر في روايتهما، فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل قول الجمهور. قال أبو

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣١

الحارث: سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبر، فقال: كذا روي عن عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، وابن مسعود، أنهم قالوا: الولاء للكبر، إلى هذا القول أذهب. وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبدا، ثم يموت ويخلف ابنين، فيموت أحد الابنين.

ويخلف ابنا فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق، وليس لابن الابن شيء مع الابن وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرناه، وال قياس على المال. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المولى أخ في الدين، وولي نعمة، وأولى الناس به أقربهم من المعتق» . وقوله - عليه السلام -: «الولاء لمن أعتق» . وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» . ولأنه من أسباب التوارث، فلم يورث، كالقرابة والنكاح، ولأنه إجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته وحديث عمرو بن شعيب قد غلطه العلماء فيه، ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاه الشعبي والأئمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم. ولا يصح اعتبار الولاء بالمال؛ لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض، وإنما يورث به، فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصباته يوم موت العبد والمعتق، فيكون هو الوارث للمولى دون غيره، كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده، فإذا خلف ابن مولاه، وابن ابن مولاه، فماله لابن مولاه. وإن خلف ابن ابن مولاه، وتسعة بني ابن آخر لمولاه، فماله بينهم على عددهم، لكل واحد عشره؛ لأنهم يرثون جدهم كذلك ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه، فمات ابنه بعده عن ابن، ثم مات عتيقه، فميراثه بين ابني الابن نصفين. وفي قول شريح،." (١)

"وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره، فلا يصح ال قياس.

وقال أبو حنيفة: إذا كسر ختم الكيس، لم يلزمه ضمان الوديعة؛ لأنه لم يتعد في غيره. ولنا، أنه هتك حرزها، فضمنها إذا تلفت، كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل، ففتحه وتركه مفتوحا. ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم.

[فصل ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها]

(٥٠٦٧) فصل: وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد، ثم ردها إلى صاحبها، زال عنه الضمان، فإن ردها صاحبها إليه، كان ابتداء استئمان، وإن لم يردها إليه، ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان، برئ من الضمان، في ظاهر المذهب؛ لأن الضمان حقه، فإذا أبرأه منه برئ، كما لو أبرأه من دين في ذمته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٢/٦

وإذا جدد له استئمانا، فقد انتهى القبض المضمون به، فزال الضمان. وقد قال أصحابنا: إذا رهن المغصوب عند الغاصب، أو أودعه عنده، زال عنه ضمان الغصب، فهاهنا أولى.

[فصل أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة]

(٥٠٦٨) فصل: ولو تعدى فلبس الثوب، وركب الدابة، أو أخذ الوديعة ليستعملها، أو ليخزن فيها، ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة، لم يبرأ من الضمان. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يبرأ؛ لأنه ممسك لها بإذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي. ولنا، أنه ضمنها بعدوان، فبطل الاستئمان، كما لو جحدها ثم أقر بها، وبهذا يبطل ما ذكروه.

[فصل لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف]

(٥٠٦٩) فصل: ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف، فإن أودع طفل أو معتوه إنسانا وديعة، ضمنها بقبضها، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه، وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له في ماله، أو الحاكم. فإن كان الصبي مميزا، صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه؛ لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك. فإن أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة، فتلفت، لم يضمنها، سواء حفظها أو فرط في حفظها. فإن أتلفها، أو أكلها، ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي. ومن أصحابنا من قال: لا ضمان عليه.
وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه، فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينا، فوقع عليها، كان ضمانه على عاقلته؟ ولنا، أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع، ضمنه بعد الإيداع، كالبالغ. ولا يصح قولهم: إنه سلطه على إتلافها. وإنما استحفظه إياها، وفارق دفع السكين، فإنه سبب للإتلاف، ودفع الوديعة بخلافه.." [1]

"[الفصل الثاني الغنيمة مخموسة]

(٥٠٧٧) الفصل الثاني: أن الغنيمة مخموسة، ولا اختلاف في هذا بين أهل العلم بحمد الله. وقد نطق به الكتاب العزيز، فقال الله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] لكن اختلف في أشياء؛ منها سلب القاتل، وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس؛ فإن عمر – رضي الله عنه – قال: كنا لا نخمس السلب. وقول النبي: «من قتل قتيلا فله سلبه» . يقتضي أنه له كله، ولو خمس لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٥٢

يكن جميعه له. وعن أبي قتادة «، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نفله سلب رجل قتله يوم حنين، ولم يخمس» رواه سعيد، في " سننه ".

ومنها، إذا قال الإمام: من جاء بعشرة رءوس فله رأس، ومن طلع الحصن فله كذا من النفل. فالظاهر أن هذا غير مخموس؛ لأنه في معنى السلب. ومنها، إذا قال الإمام: من أخذ شيئا فهو له. وقلنا: يجوز ذلك. فقد قيل: لا خمس فيه؛ لأنه في معنى الذي قبله. والصحيح أن الخمس لا يسقط؛ لأنه يدخل في عموم الآية، ولا يدخل في معنى السلب والنفل؛ لأن ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية، وهذا يسقطه، فلا يكون تخصيصا بل نسخا لحكمها، ونسخها بال قياس غير جائز اتفاقا.

ومنها؛ إذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير إذن الإمام، فقد قيل: إن ما غنموه لهم من غير أن يخمس. والصحيح أنه يخمس، ويدفع إليهم أربعة أخماسه؛ لدخوله في عموم الآية، وعدم دليل يوجب تخصيصه.

[الفصل الثالث الخمس مما يجب خمسه من الفيء والغنيمة شيء واحد في مصرفهما وحكمهما]

(٥٠٧٨) الفصل الثالث: أن الخمس مما يجب خمسه من الفيء والغنيمة شيء واحد، في مصرفهما، وحكمهما، ولا اختلاف في هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما، فإن القائل بوجوب الخمس في الفيء غير من قاله من أصحابنا الشافعي، وقد وافق على هذا، فإنه قال: في الفيء والغنيمة يجتمعان في أن فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى: يعني في سورة الأنفال، في قوله سبحانه وتعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] . وفي سورة الحشر، في قوله تعالى: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى﴾ [الحشر: ٧] الآية، والمسمون في الآيتين شيء واحد.

[الفصل الرابع خمس الغنيمة يقسم على خمسة أسهم]

(٥٠٧٩) الفصل الرابع: أن الخمس يقسم على خمسة أسهم. وبهذا قال عطاء، ومجاهد، والشعبي، والنخعي، وقتادة،." (١)

"وابن جريج، والشافعي. وقيل: يقسم على ستة؛ سهم لله تعالى وسهم لرسوله لظاهر قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ [الأنفال: ٤١] . فعد ستة، وجعل الله تعالى لنفسه سهما سادسا، وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٥٦

وقال أبو العالية: سهم الله عز وجل هو أنه إذا عزل الخمس ضرب بيده فيه، فما قبض عليه من شيء جعله للكعبة، فهو الذي سمي لله لا تجعلوا له نصيبا، فإن لله الدنيا والآخرة، ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة أسهم. وروي عن الحسن، وقتادة، في سهم ذي القربى، كانت طعمة لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – في حياته، فلما توفي حمل عليه أبو بكر وعمر في سبيل الله. وروى ابن عباس، أن أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم

ونحوه حكي عن الحسن بن محمد بن الحنفية. وهو قول أصحاب الرأي، قالوا: يقسم الخمس على ثلاثة؛ اليتامى، والمساكين، وابن السبيل. وأسقطوا سهم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بموته، وسهم قرابته أيضا. وقال مالك: الفيء والخمس واحد، يجعلان في بيت المال. قال ابن القاسم: وبلغني عمن أثق به، أن مالكا قال: يعطي الإمام أقرباء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على ما يرى وقال الثوري والحسن: يضعه الإمام حيث أراه الله عز وجل.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ [الأنفال: ٤١] . وسهم الله والرسول واحد. كذا قال عطاء، والشعبي. وقال الحسن بن محمد بن الحنفية وغيره: قوله: ﴿فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] افتتاح كلام. يعني أن ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه، تبركا به. لا لإفراده بسهم، فإن لله تعالى الدنيا والآخرة.

وقد روي عن ابن عمر، وابن عباس، قالا: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقسم الخمس على خمسة» وما ذكره أبو العالية فشيء لا يدل عليه رأي، ولا يقتضيه قياس، ولا يصار إليه إلا بنص صحيح يجب التسليم له، ولا نعلم في ذلك أثرا صحيحا، سوى قوله، فلا يترك ظاهر النص وقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وفعله من أجل قول أبي العالية. وما قاله أبو حنيفة، فمخالف لظاهر الآية فإن الله تعالى سمى لرسوله وقرابته شيئا، وجعل لهما في الخمس حقا، كما سمى للثلاثة الأصناف الباقية، فمن خالف ذلك، فقد خالف نص الكتاب.

وأما حمل أبي بكر وعمر – رضي الله عنهما –، على سهم ذي القربى في سبيل الله، فقد ذكر لأحمد، فسكت، وحرك." (١)

"وإن اختلفت، أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه، كالميراث. وفارق الصدقة، حيث لا تنقل؛ لأن كل بلد يكاد لا يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله، والخمس يؤخذ في بعض الأقاليم، فلو لم ينقل

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٧/٦

لأدى إلى إعطاء البعض وحرمان البعض. والصحيح، إن شاء الله، أنه لا يجب التعميم؛ لأنه يتعذر، فلم يجب، كتعميم المساكين.

وما ذكر من بعث الإمام عماله وسعاته، فهو متعذر في زماننا؛ لأن الإمام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الإسلام، ولم يبق له جهة في الغزو، ولا له فيه أمر، ولأن هذا سهم من سهام الخمس، فلم يجب تعميمه، كسائر سهامه. فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده.

[الفصل الخامس غنيهم وفقيرهم سواء في تقسيم سهم ذوي القربى]

(٥٠٨٧) الفصل الخامس: أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء. وهذا قول الشافعي، وأبي ثور. وقيل: لا حق فيه لغني. قياسا له على بقية السهام. ولنا عموم قوله تعالى: ﴿ولذي القربى﴾ [الأنفال: ٤١] . وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يعطي أقاربه كلهم، وفيهم الأغنياء، كالعباس وغيره. ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم، وقد روى الإمام أحمد، في " مسنده "، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطى الزبير سهما وأمه سهما، وفرسه سهمين» .

وإنما أعطى أمه من سهم ذي القربى، وقد كانت موسرة، ولها موال ومال، ولأنه مال مستحق بالقرابة، فاستوى فيه الغني والفقير، كالميراث والوصية للأقارب. ولأن عثمان وجبيرا طلبا حقهما منه، وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما، وهما موسران، فعلله النبي - صلى الله عليه وسلم - بنصرة بني المطلب دونهم، وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد، ولو كان اليسار مانعا والفقر شرطا، لم يطلبا مع عدمه، ولعلل النبي - صلى الله عليه وسلم - منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما.

[مسألة الخمس الثالث في الغنيمة لليتامى]

(٥٠٨٨) مسألة؛ قال: (والخمس الثالث لليتامى) وهم الذين لا آباء لهم، ولم يبلغوا الحلم؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يتم بعد احتلام» . قال بعض أصحابنا: لا يستحقون إلا مع الفقر. وهو المشهور من مذهب الشافعي؛ لأن ذا الأب لا يستحق، والمال أنفع من وجود الأب، ولأنه صرف إليهم لحاجتهم، فإن اسم اليتم يطلق عليهم في العرف للرحمة، ومن كان إعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه. وفارق ذوي القربى، فإنهم استحقوا." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٦٢

"لقربهم من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تكرمة لهم، والغني والفقير في القرب سواء، فاستويا في الاستحقاق.

ولم أعلم هذا نصا عن أحمد. وعموم الآية يقتضي تعميمهم. وقال بعض أصحاب الشافعي: له قول آخر، أنه للغني والفقير؛ لعموم النص في كل يتيم، و قياسا له على سهم ذي القربى، ولأنه لو خص به الفقير، لكان داخلا في جملة المساكين الذين هم أصحاب السهم الرابع، وكان يستغنى عن ذكرهم وتسميتهم. قال أصحابنا: ويفرق على الأيتام في جميع الأقطار، ولا يخص به أهل ذلك المغزى. والقول فيه كالقول في سهم ذي القربى. وقد تقدم القول فيه.

[مسألة الخمس الرابع في الغنيمة للمساكين]

مسألة؛ قال: (والخمس الرابع للمساكين) وهم أهل الحاجة، ويدخل فيهم الفقراء، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة، وصنف واحد ها هنا، وفي سائر الأحكام، وإنما يقع التمييز بينهما إذا جمع بينهما بلفظين، ولم يرد ذلك إلا في الزكاة، وسنذكرهم في أصنافها. قال أصحابنا: ويعم بها جميعهم في جميع البلاد، كقولهم في سهم ذي القربى واليتامى. وقد تقدم قولنا في ذلك.

[مسألة الخمس الخامس في الغنيمة لابن السبيل]

(٥٠٩٠) مسألة؛ قال: (والخمس الخامس لابن السبيل) وسنذكره أيضا في أصناف الصدقة، ويعطى كل واحد منهم قدر ما يوصله إلى بلده؛ لأن دفعنا إليه لأجل الحاجة، فأعطي بقدرها. فإن اجتمع في واحد أسباب، كالمسكين إذا كان يتيما وابن سبيل، استحق بكل واحد منها؛ لأنها أسباب لأحكام، فوجب أن نثبت أحكامها، كما لو انفردت. فإن أعطاه ليتمه، فزال فقره، لم يعط لفقره شيئا.

[مسألة أربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين]

(٥٠٩١) مسألة؛ قال: (وأربعة أخماس الفيء لجميع المسلمين؛ غنيهم وفقيرهم فيه سواء، إلا العبيد) لا نعلم خلافا بين أهل العلم اليوم في أن العبيد لا حق لهم في الفيء. وظاهر كلام أحمد، والخرقي، أن سائر الناس لهم حق في الفيء، غنيهم وفقيرهم. ذكر أحمد الفيء فقال: فيه حق لكل المسلمين، وهو بين الغني والفقير. وقال عمر، - رضي الله عنه -: ما من أحد من المسلمين إلا له في هذا المال نصيب، إلا العبيد،

فليس لهم فيه شيء. وقرأ عمر: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى﴾ [الحشر: ٧] حتى بلغ: ﴿والذين جاءوا من بعدهم﴾ [الحشر: ١٠]." [١]

"ولنا، أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها، كما يقال: ولد الليل. للذي يكثر الخروج فيه، والقاطن في بلده ليس في طريق، ولا يثبت له حكم الكائن فيها، ولهذا لا يثبت له حكم السفر بهمه به دون فعله، ولأنه لا يفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله، وإن انتهت به الحاجة منتهاها، فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره، وإنما يعطى وله اليسار في بلده؛ لأنه عاجز عن الوصول إليه، والانتفاع به، فهو كالمعدوم في حقه. فإن كان ابن السبيل فقيرا في بلده، أعطي لفقره وكونه ابن السبيل، لوجود الأمرين فيه، ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله إلى بلده؛ لأن الدفع إليه للحاجة إلى ذلك.

فتقدر بقدره، وتدفع إليه وإن كان موسرا في بلده إذا كان محتاجا في الحال؛ لأنه عاجز عن الوصول إلى ماله، فصار كالمعدوم. وإن فضل معه شيء بعد رجوعه إلى بلده رده؛ لأنه أخذه للحاجة، وقد حصل الغنى بدونه، فأشبه ما لو أخذ لغزو فلم يغز. وإن كان فقيرا، أو اتصل بسفره الفقر، أخذ الفضل لفقره؛ لأنه إن فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل، حصل الاستحقاق بجهة أخرى. وإن كان غارما، أخذ الفضل لغرمه.

[فصل كان ابن السبيل مجتازا يريد بلدا غير بلده في مصارف الزكاة]

(٥١٢٣) فصل: وإن كان ابن السبيل مجتازا يريد بلدا غير بلده، فقال أصحابنا: يجوز أن يدفع إليه ما يكفيه في مضيه إلى مقصده ورجوعه إلى بلده؛ لأن فيه إعانة على السفر المباح، وبلوغ الغرض الصحيح، لكن يشترط كون السفر مباحا، إما قربة كالحج والجهاد وزيارة الوالدين، أو مباحا كطلب المعاش والتجارات. فأما المعصية فلا يجوز الدفع إليه فيها؛ لأنه إعانة عليها، وتسبب إليها، فهو كفعلها، فإن وسيلة الشيء جارية مجراه. وإن كان السفر للنزهة، ففيه وجهان؛ أحدهما، يدفع إليه؛ لأنه غير معصية. والثاني، لا يدفع إليه؛ لأنه لا حاجة به إلى هذا السفر. ويقوى عندي أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده.

لأنه لو جاز ذلك لجاز للمنشئ للسفر من بلده، ولأن هذا السفر إن كان لجهاد، فهو يأخذ له من سهم سبيل الله، وإن كان حجا فغيره أهم منه. وإذا لم يجز الدفع في هذين، ففي غيرهما أولى. وإنما ورد الشرع بالدفع إليه للرجوع إلى بلده؛ لأنه أمر تدعو حاجته إليه ولا غنى به عنه، فلا يجوز إلحاق غيره به؛ لأنه ليس

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٣/٦

في معناه، فلا يجوز قياسه عليه، ولا نص فيه، فلا يثبت جوازه لعدم النص وال قياس.

[فصل ادعى الرجل أنه ابن سبيل ولم يعرف ذلك في مصارف الزكاة]

(٥١٢٤) فصل: وإذا ادعى الرجل أنه ابن سبيل، ولم يعرف ذلك، لم يقبل إلا ببينة. وإن ادعى الحاجة، ولم يكن عرف." (١)

"فإن دخل بها الثاني فلها مهر مثلها» . وهذا مذهب الشافعي. والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى؛ لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة: «ولها الذي أعطاها بما أصاب منها.» قال القاضي: حدثناه أبو بكر البرقاني، وأبو محمد الخلال، بإسناديهما. وقال أبو حنيفة: الواجب الأقل من المسمى أو مهر المثل؛ لأنها إن رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه، كالعقد الصحيح، وإن كان المسمى أكثر لم يجب الزائد؛ لأنه بغير عقد صحيح

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فلها المهر بما استحل من فرجها» . فجعل لها المهر المميز بالإصابة، والإصابة إنما توجب مهر المثل، ولأن العقد ليس بموجب، بدليل الخبر، وأنه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء، وإذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه، وبقي الوطء موجبا بمفرده، فأوجب مهر المثل، كوطء الشبهة، ولأن التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل، فإذا فسد العقد من أصله كان أولى. وقول أبي حنيفة إنها رضيت بدون صداقها. إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب، وقد بينا أنه إنما يجب بالإصابة، فيجب مهر المثل كاملا، كوطء الشبهة.

(٥١٤٧) فصل: ولا يجب لها بالخلوة شيء. في قول أكثر أهل العلم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل لها المهر بما استحل من فرجها. يعني أصاب. ولم يصبها. والمنصوص عن أحمد أن المهر يستقر بالخلوة، قياسا على العقد الصحيح، وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد، وقد ذكرنا ذلك.

[فصل لا حد في وطء النكاح الفاسد]

(٥١٤٨) فصل: ولا حد في وطء النكاح الفاسد، سواء اعتقدا حله أو حرمته. وعن أحمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلا ولي، إذا اعتقدا حرمته. وهو اختيار الصيرفي، من أصحاب الشافعي؛ لما روى الدارقطني، بإسناده عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا تزوج المرأة

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٨٥

المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها، إن الزانية هي التي تزوج نفسها» . وبإسناده عن الشعبي قال: ما كان أحد من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – أشد في النكاح بغير ولي من علي – رضي الله عنه – كان يضرب فيه

وروى الشالنجي، بإسناده عن عكرمة بن خالد، أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب،." (١)

"ولنا، أنه إذن من الولي في التزويج، فلم يفتقر إلى إذن المرأة، ولا إلى إشهاد، كإذن الحاكم. وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة، وهذا التوكيل لا يملك به البضع، فلم يفتقر إلى إشهاد، بخلاف النكاح. ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتسري.

[فصل يثبت للوكيل ما يثبت للموكل في النكاح]

(٥١٦٧) فصل: ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل. وإن كان للولي الإجبار ثبت ذلك لوكيله. وإن كانت ولايته ولاية مراجعة، احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها؛ لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه. وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج، فيكون المأذون له قائما مقامه.

[فصل هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية]

(٥١٦٨) فصل: واختلفت الرواية عن أحمد – رحمه الله – هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها. وهو اختيار الخرقي؛ لقوله: أو وصى ناظرا له في التزويج. وهو قول الحسن، وحماد بن أبي سليمان، ومالك وعنه لا تستفاد بالوصية. وبه قال الثوري، والشعبي، والنخعي، والحارث العكلي، وأبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر؛ لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعا، فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة، ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها، فلم تثبت له الولاية كالأجنبي، ولأنها ولاية نكاح، فلم تجز الوصية بها، كولاية الحاكم

وقال أبو عبد الله بن حامد: إن كان لها عصبة، لم تجز الوصية بنكاحها؛ لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبة، جاز لعدم ذلك. ولنا، أنها ولاية ثابتة للأب، فجازت وصيته بها، كولاية المال، ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته، فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته، فجاز أن يستنيب فيها، كولاية المال. وما ذكروه يبطل بولاية المال. فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية إليه في المال؛ لأنها إحدى الولايتين،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢/٧

فلم يملكها بالوصية إليه في المال، كالوصية الأخرى، قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح.

[فصل الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية]

(٥١٦٩) فصل: فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية، سواء كان مجبرا كالأب، أو غير مجبر كغيره، ووصي كل ولي يقوم مقامه، فإن كان الولي له الإجبار فكذلك لوصيه. وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك؛ لأنه قائم مقامه، فهو كالوكيل. وقال مالك: إن عين الأب الزوج، ملك الوصي إجبارها، صغيرة كانت أو كبيرة، وإن لم يعين الزوج، وكانت ابنته كبيرة، صحت الوصية، واعتبر إذنها، وإن كانت صغيرة، انتظرنا بلوغها، فإذا أذنت، جاز أن يزوجها بإذنها." [1]

"عذرتها. ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا، ولا حكمها حكمهن؛ لأنها غير موطوءة في القبل.

[فصل اختلف الزوج والمرأة في إذنها لوليها في تزويجها قبل الدخول]

(٥٢١٠) فصل: إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها لوليها في تزويجها قبل الدخول، فالقول قولها، في قول أكثر الفقهاء. وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم، وفي البكر: القول قول الزوج؛ لأن الأصل السكوت، والكلام حادث والزوج يدعي الأصل، فالقول قوله. ولنا، أنها منكرة الإذن، والقول قول المنكر، ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت، والأصل عدم ذلك، وهذا جواب على قوله إن الأصل معه. وإن اختلفا بعد الدخول، فقال القاضي: القول قول الزوج؛ ولأن التمكين من الوطء دليل على الإذن وصحة النكاح، فكان الظاهر معه

وهل تستحلف المرأة إذا قلنا: القول قولها؟ قال القاضي: قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فأنكرته. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد: تستحلف. فإن نكلت، فقال أبو يوسف، ومحمد: يثبت النكاح. وقال الشافعي: يستحلف الزوج، ويثبت النكاح. ولنا، أنه اختلاف في زوجية، فلا يثبت بالنكول، ولا يحلف المدعي معه، كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته، فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج، فالقول قولها؛ لأنه اختلاف في أمر يختص بها، صادر من جهتها، فالقول قولها فيه، كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولأنها تدعي صحة العقد، وهم

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٠

يدعون فساده، فالظاهر معها.

[فصل إذن المجنونة في النكاح]

(٥٢١١) فصل: في المجنونة، إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة، جاز تزويجها لمن يملك إجبارها؛ لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها، فمع عدمه أولى. وإن كانت ممن لا تجبر، انقسمت ثلاثة أقسام؛ أحدها، أن يكون وليها الأب أو وصيه، كالثيب الكبيرة، فهذه يجوز لوليها تزويجها. ذكره القاضي. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه جعل للأب تزويج المعتوه، فالمرأة أولى. وهذا قول الشافعي، وأبي حنيفة. ومنع منه أبو بكر؛ لأنها ولاية إجبار، وليس على الثيب ولاية إجبار

والأول أصح؛ فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة لرأيها، لحصول المباشرة منها والخبرة، وهذه بخلاف ذلك. وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة، إذا قلنا بعدم الإجبار في حقها، إذا كانت عاقلة. القسم الثاني، أن يكون وليها الحاكم، ففيها وجهان؛." (١)

"ولنا، أنه غير مكلف، فجاز لأبيه تزويجه كالصغير، فإنه إذا جاز تزويج الصغير، مع عدم حاجته في الحال، وتوقع نظره عند الحاجة، فهاهنا أولى. ولنا، على التسوية بين الطارئ والمستدام، أنه معنى يثبت الولاية، فاستوى طارئه ومستدامه، كالرق، ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله، فأثبتها عليه في نكاحه، كالمستدام

فأما اعتبار الحاجة، فلا بد منها، فإنه لا يجوز لوليه تزويجه، إلا إذا رأى المصلحة فيه، غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة، فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ، وربما كان دواء له، ويترجى به شفاؤه، فجاز التزويج له، كقضاء الشهوة. والله أعلم.

[فصل من يفيق في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه]

(٥٢١٨) فصل: ومن يفيق في الأحيان، لا يجوز تزويجه إلا بإذنه؛ لأن ذلك ممكن، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه، لم تثبت الولاية عليه كالعاقل. ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال، فهو كالعاقل، فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله، فعلى نفسه أولى. وإن لم يرج زواله، فهو داخل فيما ذكرناه.

[فصل وصي الأب في النكاح]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧/٧

(٥٢١٩) الفصل الرابع: أن وصي الأب في النكاح بمنزلته، على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة. وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه، وإنما يثبت ذلك لوصي الأب في التزويج خاصة، فإن كان وصيا في المال، لم تكن له ولاية في التزويج؛ لأنه إنما يستفيد التصرف بالوصية، فلا يملك ما لم يوص به إليه، ووصي غير الأب، لا ولاية له على صبي ولا مجنون؛ لأن الموصي لا يملك ذلك، فوصيه أولى.

[فصل تزوج لصغير أو مجنون]

(٥٢٢٠) فصل: وإن تزوج لصغير أو مجنون، فإنه يقبل لهما النكاح، ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله؛ لأنهما ليسا من أهل التصرف. وإن كان الغلام ابن عشر، وهو مميز، ف قياس المذهب جواز تفويض القبول إليه، حتى يتولاه لنفسه، كما يفوض أمر البيع إليه، ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه. وإن تزوج له الولي جاز، كما يجوز أن يبتاع له، وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه، ووقوع طلاقه. وإن قلنا: لا يصح ذلك منه. فهذا أولى

(٥٢٢١) فصل: وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل؛ لأنه معاوضة في حق الغير، فلم تجز." (١)

"الزيادة فيها على عوض المثل، كبيع ماله. وهذا مذهب الشافعي. وقد ذكرنا أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها، فهذا مثله، فإنه قد يرى المصلحة في ذلك، فجاز له بذل المال فيه، كما يجوز في مداواته، بل الجواز هاهنا أولى؛ فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج مجنون، إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلها، فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة. وذكر القاضي، في " المجرد "، أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة؛ لعدم حاجته إلى زيادة عليها، فيكون بذلا لماله فيما لا حاجة به إليه

وذكر في " الجامع "، أن له تزويج ابنه الصغير بأربع؛ لأنه قد يرى المصلحة فيه، وليس له تزويجه بمعيبة عيبا يرد به في النكاح؛ لأن فيه ضررا به وتفويتا لماله فيما لا مصلحة له فيه، فإن فعل، خرج في صحة النكاح وجهان. فإن قلنا: يصح. فهل للولي الفسخ في الحال؟ على وجهين، مضى توجيهها في تزويج الصغيرة بمعيب. ومتى لم يفسخ حتى بلغ الصبي، أو عقل المجنون، فلهما الفسخ، وليس له تزويجه بأمة؛ لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت، وهو معدوم في حق الصبي، غير معدوم في المجنون.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١/٧

[فصل إذا زوج ابنه تعلق الصداق بذمة الابن]

(٥٢٢٢) فصل: وإذا زوج ابنه، تعلق الصداق بذمة الابن، موسرا كان أو معسرا؛ لأنه عقد للابن، فكان عليه بذله، كثمن المبيع. وهل يضمنه الأب؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يضمنه. نص عليه، فقال: تزويج الأب لابنه الطفل جائز، ويضمن الأب المهر؛ لأنه التزم العوض عنه، فضمنه، كما لو نطق بالضمان. والأخرى، لا يضمنه؛ لأنه عقد معاوضة، ناب فيه عن غيره، فلم يضمن عوضه، كثمن مبيعه، أو كالوكيل. قال القاضي: هذا أصح. وقال: إنما الروايتان فيما إذا كان الابن معسرا، أما الموسر، فلا يضمن الأب عنه رواية واحدة، فإن طلق قبل الدخول، سقط نصف الصداق

فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه، رجع نصفه إلى الابن، ولىس للأب الرجوع فيه، بمعنى الرجوع في الهبة؛ لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه، فأشبه ما لو وهبه الأب أجنبيا ثم وهبه الأجنبي للابن. ويحتمل أن يرجع فيه؛ لأنه تبرع عن ابنه، فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن. وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير، ثم طلق قبل الدخول. وإن ارتدت قبل الدخول، فالحكم في الرجوع في جميعه، كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق.." (١)

"[استوى الأولياء في الدرجة في النكاح]

(٥٢٤١) فصل: إذا استوى الأولياء في الدرجة، كالإخوة وبنيهم، والأعمام وبنيهم، فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما تقدم إليه محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل، فتكلم عبد الرحمن بن سهل، وكان أصغرهم، فقال النبي: - صلى الله عليه وسلم - كبر كبر. أي قدم الأكبر، قدم الأكبر، فتكلم حويصة. وإن تشاحوا ولم يقدموا الأكبر، أقرع بينهم؛ لأن حقهم استوى في القرابة، وقد «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه» لتساوي حقوقهن.

كذا ها هنا. فإن بدر واحد منهم فزوج كفؤا بإذن المرأة، صح، وإن كان هو الأصغر المفضول الذي وقعت القرعة لغيره؛ لأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية، بإذن موليته، فصح، كما لو انفرد. وإنما القرعة لإزالة المشاحة.

[إن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٢

(٥٢٤٢) قال: فإن دخل بـها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج، فرق بينهما، وكان لها عليه مهر مثلها، ولم يصبها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني. أما إذا علم الحال قبل وطء الثاني لها، فإنها تدفع إلى الأول، ولا شيء على الثاني؛ لأن عقده عقد فاسد لا يوجب شيئا. وإن وطئها الثاني، وهو لا يعلم، فهو وطء بشبهة يجب لها به مهر المثل، وترد إلى الأول، ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض، إن كانت من ذوات الأقراء ولم تحمل. نص عليه أحمد وهو قول قتادة، والشافعي، وابن المنذر وقال أحمد – رحمه الله –: لها صداق بالمسيس، وصداق من هذا. ولا يرد الصداق الذي يؤخذ من الداخل بها على الذي دفعت إليه؛ وذلك لأن الصداق في مقابلة الاستمتاع بها، فكان لها دون زوجها، كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة. ولا يحتاج هذا النكاح الثاني إلى فسخ؛ لأنه باطل. ولا يجب لها المهر إلا بالوطء، دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج؛ لأنه نكاح باطل لا حكم له. ويجب مهر المثل؛ لأنه يجب بالإصابة لا بالتسمية. وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى.

قال القاضي: هو قياس المذهب. والأول هو الصحيح؛ لما قلناه، والله أعلم.

[إن جهل الأول من النكاحين فسخا]

(٥٢٤٣) قال: فإن جهل الأول منهما، فسخ النكاحان." (١)

"لأنهما جميعا يرويان عن عمر، ولكن لا أدري أي الإسنادين أقوى.

وهذا اختيار أبي بكر، وقال في المقنع: الفدية غرة بغرة بقدر القيمة أو القيمة، وأيهما أعطى أجزأه. ووجه ذلك أنه تردد بين الجنين الذي يضمن بغرة، وبين إلحاقه بغيره من المضمونات، فاقتضى التخيير بينهما. والصحيح أنه يضمن بالقيمة، كسائر المضمونات المتقومات. وقول عمر قد اختلف عنه فيه، قال أحمد في رواية أبي طالب: وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه، وجب الرجوع إلى ال قياس.

(٥٢٦٢) المسألة الثالثة: في من يضمن منهم، وهو من ولد حيا لوقت يعيش لمثله، سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك، والثوري، وأبو ثور، وأصحاب الرأي: لا ضمان على الأب لمن مات منهم قبل الخصومة. وهذا مبني على وقت الضمان، وقد ذكرناه

فأما السقط، ومن ولد لوقت لا يعيش لمثله، وهو دون ستة أشهر، فلا ضمان؛ لأنه لا قيمة له. (٥٢٦٣)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٠/٧

[فصل كان ممن يجوز له نكاح الإماء وقد نكحها نكاحا صحيحا]
الفصل الرابع: في المهر، ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الإماء أو لا؛ فإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء، وقد نكحها نكاحا صحيحا، فلها المسمى، وإن لم يدخل بها واختار الفسخ، فلا مهر لها؛ لأن الفسخ تعذر من جهتها، فهي كالمعيبة يفسخ نكاحها. وإن كان ممن لا يجوز له نكاح الإماء، فالعقد فاسد من أصله، ولا مهر فيه قبل الدخول. فإن دخل بها، فعليه مهرها. وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين، ذكرناهما فيما مضى. وكذلك إن كان ممن يجوز له نكاح الإماء، لكن تزوجها بغير إذن سيدها، أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح.

[فصل يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الأولاد]
(٥٢٦٤) الفصل الخامس: أنه يرجع بما غرمه على من غره، في المهر وقيمة الأولاد. وهذا اختاره الخرقي، ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر، وعلي، وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم. والرواية الأخرى: لا يرجع بالمهر. وهو اختيار أبي بكر قال: وهو قول علي وبه قال الثوري، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، والشافعي في الجديد؛ لأنه وجب عليه في مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطء، فلم يرجع به، كما لو اشترى مغصوبا فأكله، بخلاف قيمة الولد، فإنها لم تحصل في مقابلة عوض؛ لأنها وجبت بحرية الولد، وحرية الولد للولد لا لأبيه.
قال القاضي: والمذهب أنه يرجع بالمهر؛ لأن أحمد قال: كنت أذهب إلى حديث علي، ثم كأني هبته، وكأني أميل إلى حديث عمر يعني في الرجوع. ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء، كما ضمن له سلامة الولد،." (١)

"فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر. قال: وعلى هذا الأصل يرجع بأجرة الخدمة إذا غرمها، كما يرجع بالمهر، ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا
إذا ثبت هذا، فإن كان الغرور من السيد فقال: هي حرة. عتقت. وإن كان بلفظ غير هذا، لم تثبت به الحرية، فلا شيء له؛ لأنه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه. وإن كان الغرور من وكيله، رجع عليه في الحال. وإن كان من أجنبي، رجع عليه أيضا. وإن كان منها، فليس لها في الحال مال، فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده، هل يتعلق برقبته أو بذمته يتبع به بعد العتق؟ قال القاضي:

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٨/٧

قياس قول الخرقي أنه يتعلق بذمتها؛ لأنه قال في الأمة إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها: يتبعها به إذا عتقت

كذا هاهنا، ويتبعها بجميعه.

وظاهر كلام أحمد، أن الغرور إذا كان من الأمة، لم يرجع على أحد، فإنه قال: إذا جاءت الأمة فقالت: إني حرة. فولت أمرها رجلا، فزوجها من رجل، ثم ظهر عليها مولاها، قال: فكاك ولده على الأب؛ لأنه لم يغره أحد. وأما إذا غره رجل، فزوجها على أنها حرة، فالفداء على من غره. يروى هذا عن علي، وإبراهيم وحماد وكذلك قال الشعبي وإن قلنا: يتعلق برقبتها. فالسيد مخير بين فدائها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها، أو يسلمها، فإن اختار فداءها بقيمتها، سقط قدر ذلك عن الزوج، فإنه لا فائدة في أن نوجبه عليه ثم نرده إليه. وإن اختار تسليمها، سلمها، وأخذ ما وجب له. وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد، فيقول: زوجتكها على أنها حرة. فإن لم تكن كذلك، لم تملك الفسخ. وهذا مذهب الشافعي

والصحيح خلاف هذا، فإن الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور، ولم يستفصلوا، والظاهر أن العقد لم يقع هكذا، ولم تجر العادة به في العقود، فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل؛ ولأن الغرور قد يكون من المرأة، ولا لفظ لها في العقد؛ ولأنه متى أخبره بحريتها، أو أوهمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها، فنكحها على ذلك، ورغب فيها بناء عليه، وأصدقها صداق الحرائر، ثم لزمه الغرم، فقد استضر بناء على قول المخبر له والغار، فتجب إزالة الضرر عنه، بإثبات الرجوع على من غره وأضر به

فعلى هذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر، فالرجوع على جميعهم، وإن كان الغرر منها ومن الوكيل، فعلى كل واحد منهما نصفه. والله أعلم.

[فصل كان ممن يحرم عليه نكاح الإماء]

(٥٢٦٥) الفصل السادس: أن الزوج إن كان ممن يحرم عليه نكاح الإماء، وهو من يجد الطول، أو لا يخشى العنت،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٩/٧

"فبان خلافها، فيثبت له الخيار، كما لو شرط الحرية. وعلى هذا لو شرطها ذات نسب، فبانت دونه، أو شرطها بيضاء، فبانت سوداء، أو شرطها طويلة، فبانت قصيرة، أو حسناء فبانت شوهاء، خرج في ذلك كله وجهان. ونحو هذا مذهب الشافعي. وقال أبو ثور: ال قياس أن له الرد إن كان فيه اختلاف، وإن كان إجماعا فالإجماع أولى من النظر. قال ابن المنذر: لا أعلم أحدا وافق أبا ثور على مقالته. وممن ألزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وروى الزهري، أن رجلا تزوج امرأة، فلم يجدها عذراء، كانت الحيضة خرقت عذرتها، فأرسلت إليه عائشة إن الحيضة تذهب العذرة يقينا.

وعن الحسن، والشعبي، وإبراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء: ليس عليه شيء، العذرة تذهبها الوثبة، وكثرة الحيض، والتعنس، والحمل الثقيل. والله أعلم.

[فصل تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة]

(٢٧٤٥) فصل: وإذا تزوج امرأة يظنها حرة، فبانت أمة، أو يظنها مسلمة، فبانت كافرة، أو تزوجت عبدا تظنه حرا، فلهم الخيار، كما لو شرطوا ذلك. نص عليه أحمد، في امرأة تزوجت عبدا تظنه حرا، فلها الخيار. وقال الشافعي في الأمة: لا خيار له. وفي الكافرة: له الخيار. وقال بعضهم فيهما جميعا قولان. ولنا أن بعض الرق أعظم ضررا، فإنه يؤثر في رق ولده، ويمنع كمال استمتاعه، فكان له الخيار، كما لو كانت كافرة.

[فصل شرط في النكاح أمة فبانت حرة]

(٥٢٧٥) فصل: وإن شرطها أمة، فبانت حرة، أو ذات نسب، فبانت أشرف منه، أو على صفة دنيئة، فبانت خيرا من شرطه، أو كافرة، فبانت مسلمة، فلا خيار له في ذلك؛ لأنه زيادة. وقال أبو بكر له الخيار إذا بانت مسلمة؛ لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات. والأول أولى.

[فصل كل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه]

(٥٢٧٦) فصل: وكل موضع ثبت له الخيار فـفسخ قبل الدخول، فلا مهر عليه. وإن فسخ بعده، وكان التغرير ممن له المهر، فلا شيء عليه أيضا، وإن كان من غيره، فعليه المهر، يدفعه ثم يرجع به على الغار،

فإن كان التغرير من أوليائها، رجع عليهم، وإن علم بعضهم احتمل أن يرجع عليه وحده؛ لأنه الغار، واحتمل أن يرجع على جميعهم؛ لأن حقوق الآدميين في العمد والسهو سواء.." (١)

"وهو منصوص الشافعي.

وقال بعض أصحابه كقولنا، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده، وكذلك منعناه التزويج حتى يأذن له سيده ولنا أنه لا حق لسيده فيها، ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها، فلم يعتبر إذنه فيها، كاستخدامها، وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بجملته فاعتبر رضا السيد، ليكون راضيا بتعلق الحق بملكه، بخلاف مسألتنا، فإن الحق له لا عليه. فأما إن أذن له سيده فيه جاز، إلا عند من منع العبد التسري؛ لأنه كالقن في قولهم

[فصل للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده]

(٥٣١١) فصل: نقل محمد بن ماهان، عن أحمد: لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده، فإن رجع السيد، فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى، وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانئ، ويعقوب بن بختان، ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهر هذا أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع؛ لأنه يملك به البضع، فلم يملك سيده فسخه، قياسا على النكاح. وقال القاضي: يحتمل أنه أراد بالتسري هاهنا التزويج وسماه تسريا مجازا، ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده.

وظاهر كلام أحمد خلاف هذا، وذلك لأنه ملكه بضعا أبيح له وطؤه، فلم يملك رجوعه فيه، كما لو زوجه، وما ذكره في هذا الفصل مناقض لما ذكر قبله في صدر المسألة، من قوله: ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ.

[متى طلق الحر أو العبد لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها]

(٥٣١٢) قال: (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقا يملك الرجعة أو لا يملك، لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها، وكذلك إذا طلق واحدة من أربع، لم يتزوج حتى تنقضي عدتها، وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه) . وجملة ذلك أن الرجل إذا تزوج امرأة، حرمت عليه أمها على التأبيد، وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع وكذلك إن تزوج الحر أربعا، حرمت الخامسة تحريم

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧٣

جمع وإن تزوج العبد اثنتين، حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقا رجعيا، فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعا وإن كان الطلاق بائنا أو فسخا، فكذلك عند إمامنا حتى تنقضي عدتها وروي ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي.

وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو ثور، وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع وروي ذلك عن زيد بن ثابت؛ لأن المحرم الجمع." (١)

"ولنا أنه عادم للطول، خائف للعنت، فأبيح له نكاحها، لقوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولا﴾ [النساء: ٢٥] الآية ولا نسلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة، بل يجوز إذا تحقق الشرطان.

[فصل إن زنى بامرأة فليس له أن يتزوج بأختها]

(٥٣١٦) فصل: وإن زنى بامرأة، فليس له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها، وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح فإن زنى بأخت امرأته فقال أحمد: يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيض وقد ذكر عنه في المزني بها أنها تستبرأ بحيضة؛ لأنه وطء من غير نكاح، ولا أحكامه أحكام النكاح. ويحتمل أن لا تحرم بذلك أختها، ولا أربع سواها؛ لأنها ليست منكوحة، ومجرد الوطء لا يمنع، بدليل الوطء في ملك اليمين لا يمنع أربعا سواها.



(١)

[فصل ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته]

(٥٣١٧) فصل: وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها، وكذبته أبيح له نكاح أختها وأربع سواها في الظاهر، فأما في الباطن فيبنى على صدقه في ذلك؛ لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى، فيقبل قوله فيه، ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها ونفي النسب؛ لأنه حق لها ولولدها، فلا يقبل قوله فيه.

وبه قال الشافعي وغيره. وقال زفر: لا يصدق في شيء؛ لأنه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه، فلا يصدق في البعض الآخر، قياسا لأحدهما على الآخر، وذلك لأنه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقا وكذبا، ولنا أنه قول يتضمن إبطال حق لغيره، وحقا له لا ضرر على غيره فيه، فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر، كما لو اشترى عبدا ثم أقر أن البائع كان أعتقه، صدق في حريته، ولم يصدق في الرجوع بثمنه. وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول، صدق في بينونتها وتحريمها عليه، ولم يصدق في سقوط مهرها.

[مسألة خطب امرأة فزوج بغيرها]

(٣١٨٥) مسألة: قال: (ومن خطب امرأة فزوج بغيرها، لم ينعقد النكاح) معنى ذلك أن يخطب الرجل امرأة بعينها، فيجاب إلى ذلك، ثم يوجب له النكاح في غيرها، وهو يعتقد أنها التي خطبها، فيقبل، فلا ينعقد النكاح؛ لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه، فلم يصح، كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري، فلو علم الحال بعد ذلك،." (١)

"فإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به، فلها الفسخ، ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بلزوم الشرط: إذا تطلقنا فلم يلتفت عمر إلى ذلك، وقال: مقاطع الحقوق عند الشروط؛ ولأنه شرط لازم في عقد فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به، كالرهن والضمين في البيع.

[فصل شرطت عليه أن يطلق ضرتها]

فصل: فإن شرطت عليه أن يطلق ضرتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال: «نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – أن تشترط المرأة طلاق أختها» وفي لفظ أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا تسأل

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٩٠

المرأة طلاق أختها لتكتفئ ما في صحفتها ولتنكح فإن لها ما قدر لها» رواهما البخاري. والنهي يقتضي فساد المنهي عنه؛ ولأنها شرطت عليه فسخ عقده، وإبطال حقه وحق امرأته، فلم يصح، كما لو شرطت عليه فسخ بيعه. وقال أبو الخطاب: هو شرط لازم؛ لأنه لا ينافي العقد، ولها فيه فائدة، فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها.

ولم أر هذا لغيره، وقد ذكرنا ما يدل على فساده، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه بيع أمته.

ما يبطل الشرط، ويصح العقد، مثل أن يشترط أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها، أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئا. فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنها تنافي مقتضى العقد؛ ولأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلم يصح، كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع، فأما العقد في نفسه فصحيح؛ لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره، ولا يضر الجهل به، فلم يبطله.

كما لو شرط في العقد صداقا محرما؛ ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض، فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد، كالعتاق وقد نص أحمد في رجل تزوج امرأة، وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة، ثم رجعت وقالت: لا أرضى إلا ليلة وليلة فقال: لها أن تنزل بطيب نفس منها، فإن ذلك جائز، وإن قالت: لا أرضى إلا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها، تطالبه إن شاءت، ونقل عنه الأثرم في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها في الأيام يجوز الشرط، فإن شاءت رجعت، وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم، أو عشرة دراهم،." (١)

"مع الذمي؛ ولأن الحجاب إنما يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما فأما قوله ﴿أو نسائهن﴾ [النور: ٣١] فيحتمل أن يكون المراد به جملة النساء.

[فصل نظر المرأة إلى الرجل]

(٥٣٤٣) فصل: فأما نظر المرأة إلى الرجل، ففيه روايتان، إحداهما: لها النظر إلى ما ليس بعورة. والأخرى: لا يجوز لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر إليه منها. اختاره أبو بكر وهذا أحد قولي الشافعي لما

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٤/٧

روى الزهري عن نبهان عن أم سلمة قالت: «كنت قاعدة عند النبي – صلى الله عليه وسلم – أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: احتجبن منه فقلت: يا رسول الله، إنه ضرير لا يبصر قال: أفعمياوان أنتما لا تبصرانه» رواه أبو داود، وغيره؛ ولأن الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن، كما أمر الرجال به؛ ولأن النساء أحد نوعي الآدميين، فحرم، عليهن النظر إلى النوع الآخر قياسا على الرجال، يحققه أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة، وهذا في المرأة أبلغ، فإنها أشد شهوة، وأقل عقلا، فتسارع الفتنة إليها أكثر. ولنا «، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – لفاطمة بنت قيس: اعتدي في بيت ابن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى، تضعين ثيابك فلا يراك» متفق عليه

«. وقالت عائشة: كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يسترني بردائه، وأنا أنظر إلى الحبشة يلعبون في المسجد» متفق عليه «. ويوم فرغ النبي – صلى الله عليه وسلم – من خطبة العيد، مضى إلى النساء فذكرهن، ومعه بلال فأمرهن بالصدقة» ؛ ولأنهن لو منعن النظر، لوجب على الرجال الحجاب، كما وجب على النساء، لئلا ينظرن إليهم. فأما حديث نبهان فقال أحمد: نبهان روى حديثين عجيبين. يعني هذا الحديث، وحديث: «إذا كان لإحداكن مكاتب، فلتحتجب منه» وكأنه أشار إلى ضعف حديثه.

إذ لم يرو إلا هذين الحديثين المخالفين للأصول. وقال ابن عبد البر: نبهان مجهول، لا يعرف إلا برواية الزهري عنه هذا الحديث، وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج النبي – صلى الله عليه وسلم – كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: كان حديث نبهان لأزواج النبي – صلى الله عليه وسلم – خاصة وحديث." (١)

"فالنفقة على الزوج؛ لوجود الزوجية المقتضية لها، وعدم المانع منها. (٥٣٤٦) فصل: فإن أراد الزوج السفر بها، لم يملك ذلك؛ لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها، وإن أراد السيد السفر بها، فقد توقف أحمد عن ذلك، وقال: ما أدري.

فيحتمل المنع منه؛ لأنه يفوت حق الزوج منها، فمنع منه، قياسا على ما لو منعه منه مع الإقامة؛ ولأنه مالك لإحدى منفعتيها، فلم يملك منع الآخر من السفر بها، كالسيد، وكما لو أجرها ثم أراد السفر بها ويحتمل أن له السفر بها؛ لأنه مالك رقبتها، كسيد العبد إذا زوجه، وإن شرط الزوج أن تسلم إليه الأمة ليلا ونهارا، جاز وعليه نفقتها كلها، وليس للسيد السفر بها؛ لأنه لا حق له في نفعها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٠٦

[فصل يستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين]

(٥٣٤٧) فصل: ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «تنكح المرأة لمالها، ولحسبها، ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك» متفق عليه ويختار البكر لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «أتزوجت يا جابر؟ قال: قلت: نعم قال: بكرا أم ثيبا؟ قال: قلت: بل ثيبا قال: فهلا بكرا تلاعبها وتلاعبك؟» متفق عليه وعن عطاء عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «عليكم بالأبكار، فإنهن أعذب أفواها وأنقى أرحاما» رواه الإمام أحمد وفي رواية: «وأنتق أرحاما وأرضى باليسير» ويستحب أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روي عن أنس قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يأمر بالباءة، وينهى عن التبتل نهيا شديدا، ويقول: تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» رواه سعيد

وروى معقل بن يسار، قال: «جاء رجل إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب، إلا أنها لا تلد، أفأتزوجها؟ فنهاه، ثم أتاه الثانية، فنهاه، ثم أتاه الثالثة، فقال: تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم» رواه النسائي وعن علي بن الحسين، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «يا بني هاشم عليكم بنساء الأعاجم، فالتمسوا أولادهن فإن في أرحامهن البركة» ويختار الجميلة؛ لأنها أسكن لنفسه، وأغض لبصره، وأكمل لمودته،." (١)

"وإن لم يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها، في قول عامة علماء الأمصار إذا بانت من نكاحه، إلا أن يموت قبل الدخول، ففيه روايتان، إحداهما: تحرم ابنتها. وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر لأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق، فيقوم مقامه في تحريم الربيبة.

والثانية: لا تحرم وهو قول علي ومذهب عامة العلماء قال ابن المنذر: أجمع عوام علماء الأمصار على أن الرجل إذا تزوج المرأة، ثم طلقها، أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، ومن تبعهم؛ لأن الله تعالى قال: ﴿من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء: ٢٣] وهذا نص لا يترك ل قياس ضعيف وحديث عبد الله بن عمرو وقد ذكرناه ولأنها فرقة قبل الدخول، فلم تحرم الربيبة.

كفرقة الطلاق، والموت لا يجري مجرى الدخول في الإحصان والإحلال وعدة الأقراء، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقته إياه من وجه آخر، ولو قام مقامه من كل وجه، فلا يترك صريح نص الله تعالى

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٨/٧

ونص رسوله ل قياس ولا غيره إذا ثبت هذا، فإن الدخول بها هو وطؤها، كني عنه بالدخول، فإن خلا بها ولم يطأها، لم تحرم ابنتها؛ لأنها غير مدخول بها. وظاهر قول الخرقي تحريمها؛ لقوله: فإن خلا بها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولهما وكان حكمها حكم المدخول في جميع أمورها، إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثا، وفي الزنا، فإنهما يجلدان ولا يرجمان وسنذكره فيما بعد إن شاء الله.

الثالثة: حلائل الأبناء، يعني أزواجهم، سميت امرأة الرجل حليلته لأنها محل إزار زوجها، وهي محللة له، فيحرم على الرجل أزواج أبنائه، وأبناء بناته، من نسب أو رضاع، قريبا كان أو بعيدا بمجرد العقد لقوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم﴾ [النساء: ٢٣] ولا نعلم في هذا خلافا. الرابعة: زوجات الأب، فتحرم على الرجل امرأة أبيه، قريبا كان أو بعيدا، وارثا كان أو غير وارث، من نسب أو رضاع لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف﴾ [النساء: ٢٢] وقال البراء بن عازب: «لقيت خالي، ومعه الراية، فقلت: أين تريد؟ قال: أرسلني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه أو أقتله» رواه النسائي. وفي رواية قال: لقيت عمي الحارث بن عمرو، ومعه الراية فذكر الخبر كذلك. رواه سعيد وغيره

وسواء في هذا امرأة أبيه، أو امرأة جده لأبيه، وجده لأمه، قرب أم بعد وليس في هذا بين أهل العلم خلاف علمناه والحمد لله. ويحرم." (١)

"أحد قولي الشافعي؛ لأنه نوع استمتاع، فتعلق به تحريم المصاهرة، كالوطء في الفرج، ولأنه تلذذ بمباشرة، فيتعلق به التحريم كما لو وطئ.

والثانية، لا يثبت به التحريم؛ لأنها ملامسة لا توجب الغسل، فلم يثبت بها التحريم، كما لو لم يكن لشهوة، ولأن ثبوت التحريم إما أن يكون بنص، أو قياس على المنصوص، ولا نص في هذا، ولا هو في معنى المنصوص عليه، ولا المجمع عليه، فإن الوطء يتعلق به من الأحكام استقرار المهر، والإحصان، والاغتسال، والعدة، وإفساد الإحرام، والصيام، بخلاف اللمس. وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل، وهذا الذي ذكرناه أقرب إلى الصواب، إن شاء الله سبحانه.

[فصل نظر إلى فرج امرأة بشهوة]

(٥٣٦١) فصل: ومن نظر إلى فرج امرأة بشهوة، فهو كلمسها لشهوة، فيه أيضا روايتان؛ إحداهما، ينشر

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١١٢

الحرمة في الموضع الذي ينشرها اللمس. روي عن عمر، وابن عمر، وعامر بن ربيعة، وكان بدريا وعبد الله بن عمرو في من يشتري الخادم، ثم يجردها أو يقبلها، لا يحل لابنه وطؤها. وهو قول القاسم، والحسن، ومجاهد، ومكحول، وحماد بن أبي سليمان، وأبي حنيفة.
لما روى عبد الله بن مسعود، عن النبي، أنه قال: «من نظر إلى فرج امرأة، لم تحل له أمها وبنتها. وفي لفظ: لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» . والثانية، لا يتعلق به التحريم. وهو قول الشافعي، وأكثر أهل العلم؛ لقوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] . ولأنه نظر من غير مباشرة، فلم يوجب التحريم، كالنظر إلى الوجه، والخبر ضعيف. قاله الدارقطني. وقيل: هو موقوف على ابن مسعود. ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء.
وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر حرمة. وقال بعض أصحابنا: لا فرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة. والصحيح، خلاف هذا؛ فإن غير الفرج لا يقاس عليه، لما بينهما من الفرق، ولا خلاف نعلمه في أن النظر إلى الوجه لا يثبت الحرمة، فكذلك غيره، ولا خلاف أيضا في أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة؛ لأن اللمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغير شهوة، فالنظر أولى. وموضع الخلاف في اللمس والنظر في من بلغت سنا يمكن الاستمتاع منها، كابنة تسع فما زاد، فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك.
وقد روي عن أحمد، في بنت سبع: إذا قبلها حرمت عليه أمها. قال القاضي: هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة. (٥٣٦٢) فصل: فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة، فحكمه في التحريم حكم نظره إليها. نص عليه أحمد؛ لأنه معنى." (١)

"مملوك لسيدها، ولأنه قد اعتورها نقصان، نقص الكفر والملك، فإذا اجتمعا منعا، كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر، وعدم الكتاب، لم يبح نكاحها.
ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها؛ لعموم ما ذكرنا من الدليل، ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه، حرم على العبد، كالمجوسية.

[مسألة نكاح الأمة المسلمة]
(٥٤٠٠) مسألة؛ قال: (ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة، إلا أن لا يجد طولا بحرة مسلمة، ويخاف العنت) الكلام في هذه المسألة في شيئين؛ أحدهما، أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان،

---
(١) المغني لابن قدامة ٧/١٢١

عدم الطول، وخوف العنت. وهذا قول عامة العلماء، لا نعلم بينهم اختلافا فيه. والأصل فيه قول الله سبحانه ﴿ومن لم يستطع منكم طولا﴾ [النساء: ٢٥] .

الآية. والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل؛ لقول الله تعالى ﴿وأن تصبروا خير لكم﴾ [النساء: ٢٥] . والثاني: إذا عدم الشرطان أو أحدهما، لم يحل نكاحها لحر. روي ذلك عن جابر، وابن عباس. وبه قال عطاء، وطاوس، والزهري، وعمرو بن دينار، ومكحول، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وقال مجاهد: مما وسع الله على هذه الأمة، نكاح الأمة، وإن كان موسرا.

وبه قال أبو حنيفة، إلا أن يكون تحته حرة؛ لأن القدرة على النكاح لا تمنع النكاح، كما يمنعه وجود النكاح، كنكاح الأخت والخامسة. وقال قتادة، والثوري: إذا خاف العنت حل له نكاح الأمة، وإن وجد الطول؛ لأن إباحتها لضرورة خوف العنت، وقد وجدت، فلا يندفع إلا بنكاح الأمة، فأشبه عادم الطول. ولنا، قول الله تعالى ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥] إلى قوله ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ [النساء: ٢٥] .

فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول، فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الإعتاق، ولأن في تزويج الأمة إرقاق ولده مع الغنى عنه، فلم يجز، كما لو كان تحته حرة. و قياسهم ليس بصحيح؛ فإن نكاح الخامسة والأخت، إنما حرم لأجل الجمع، وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعا، والعلة هاهنا، هو الغنى عن إرقاق ولده، وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة. وأما من يجد الطول ويخاف العنت، فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها، أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه، فله نكاح الأمة؛ لأنه عاجز عن حرة تعفه.

وإن." (١)

"(٥٤١٥) فصل: وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة. قال أحمد: لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال. وقال أبو حفص العكبري: هي مكروهة غير محرمة، وهذا نهي تأديب لا تحريم. ولنا، ظاهر النهي، فإن مقتضاه التحريم، ولأنه نهي عن الإضرار بالآدمي المعصوم، فكان على التحريم، كالنهي عن أكل ماله وسفك دمه، فإن فعل فنكاحه صحيح. نص عليه أحمد فقال: لا يفرق بينهما. وهو مذهب الشافعي. وروي عن مالك وداود، أنه لا يصح. وهو قياس قول أبي بكر؛ لأنه قال في البيع على بيع أخيه: هو باطل. وهذا في معناه، ووجهه أنه نكاح منهي عنه، فكان باطلا كنكاح الشغار. ولنا، أن

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٣٦

المحرم لم يقارن العقد، فلم يؤثر فيه، كما لو صرح بالخطبة في العدة.

[فصل الرجوع عن الإجابة إلى الخطبة]

(٥٤١٦) فصل: ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة، إذا رأى المصلحة لها في ذلك؛ لأن الحق لها، وهو نائب عنها في النظر لها، فلم يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه، كما لو ساوم في بيع دارها، ثم تبين له المصلحة في تركها. ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب؛؛ لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها، والنظر في حظها. وإن رجعا عن ذلك لغير غرض، كره؛ لما فيه من إخلاف الوعد، والرجوع عن القول، ولم يحرم؛ لأن الحق بعد لم يلزمهما، كمن ساوم بسلعته، ثم بدا له أن لا يبيعها.

[فصل إن كان الخاطب الأول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته]

(٥٤١٧) فصل: فإن كان الخاطب الأول ذميا، لم تحرم الخطبة على خطبته. نص عليه أحمد، فقال: لا يخطب على خطبة أخيه، ولا يساوم على سوم أخيه، إنما هو للمسلمين، ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني، أو استام على سومهم، لم يكن داخلا في ذلك؛ لأنهم ليسوا بإخوة للمسلمين. وقال ابن عبد البر: لا يجوز أيضا؛ لأن هذا خرج مخرج الغالب، لا لتخصيص المسلم به. ولنا، أن لفظ النهي خاص في المسلمين، وإلحاق غيره به إنما يصح إذا كان مثله، وليس الذمي كالمسلم. ولا حرمته كحرمته، ولذلك لم تجب إجابتهم في دعوة الوليمة ونحوها.

وقوله: خرج مخرج الغالب. قلنا: متى كان في المخصوص بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم، لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه، وللأخوة الإسلامية تأثير في وجوب الاحترام، وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه، وحفظ قلبه، واستبقاء مودته، فلا يجوز بخلاف ذلك. والله أعلم.." (١)

"أشهر وعشر؛ لأنها أطول العدتين في حقها، وإن كانت من ذوات القروء، فعدتها أطول الأجلين، من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر، لتقضي العدة بيقين، لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة، وعدة المختارة عدة الوفاة، وعدة المفارقة ثلاثة قروء، فأوجبنا أطولهما، لتقضي العدة بيقين، كما قلنا في من نسي صلاة من يوم، لا يعلم عينها: عليه خمس صلوات. وهذا مذهب الشافعي فأما الميراث، فإن اصطلحن عليه، فهو جائز كيفما اصطلحن؛ لأن الحق لهن، لا يخرج عنهن، وإن أبين الصلح، ف

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٤٦

قياس المذهب أن يقرع بينهن، فتكون الأربع منهن بالقرعة

وعند الشافعي، يوقف الميراث حتى يصطلحن. وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضع، إن شاء الله تعالى.

[فصل صفة اختيار من يثبت نكاحهن]

(٥٤٤٥) فصل: وصفة الاختيار أن يقول: اخترت نكاح هؤلاء، أو اخترت هؤلاء، أو أمسكتهن، أو اخترت حبسهن، أو إمساكهن، أو نكاحهن، أو أمسكت نكاحهن، أو ثبت نكاحهن، أو أثبتهن. وإن قال لما زاد على الأربع: فسخت نكاحهن. كان اختيارا للأربع. وإن طلق إحداهن، كان اختيارا لها؛ لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة. وإن قال: قد فارقت هؤلاء، أو اخترت فراق هؤلاء. فإن لم ينو به الطلاق، كان اختيارا لغيرهن؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - لغيلان: «اختر منهن أربعا، وفارق سائرهن»

وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحا فيه، كما كان لفظ الطلاق صريحا فيه، وكذا في حديث فيروز الديلمي قال: فعمدت إلى أقدمهن صحبة، ففارقتها. وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ. فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ. وإن نوى به الطلاق، كان اختيارا لهن دون غيرهن. وذكر القاضي فيه عند الإطلاق وجهين: أحدهما، أنه يكون اختيارا للمفارقات؛ لأن لفظ الفراق صريح في الطلاق، والأولى ما ذكرناه

وإن وطئ إحداهن، كان اختيارا لها، في قياس المذهب؛ لأنه لا يجوز إلا في ملك، فيدل على الاختيار، كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار، ووطء الرجعية أيضا اختيارا لها. وإن آلى من واحدة منهن، أو ظاهر منها، لم يكن اختيارا لها؛ لأنه يصح في غير زوجة، في أحد الوجهين، وفي الآخر، يكون اختيارا لها؛ لأن حكمه لا يثبت في غير زوجة. وإن قذفها، لم يكن اختيارا لها؛ لأنه يقع في غير زوجة.

[فصل اختار الزوج منهن أربعا وفارق البواقي]

(٥٤٤٦) فصل: وإذا اختار منهن أربعا، وفارق البواقي، فعدتهن من حين اختار؛ لأنهن بن منه بالاختيار. ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم؛ لأنهن بن بإسلامه، وإنما يتبين ذلك باختياره، فيثبت حكمه من حين الإسلام،." (١)

"فأسلمن معه، وكن ثمانيا، فاختار أربعا منهن، وفارق أربعا، لم يطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات، لئلا يكون واطئا لأكثر من أربع. فإن كن خمسا، ففارق إحداهن، فله وطء ثلاث من

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٥٩

المختارات، ولا يطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة. وإن كن ستا، ففارق اثنتين، فله وطء اثنتين من المختارات وإن كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات، ولا يطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات، فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات، فله وطء واحدة من المختارات. هذا قياس المذهب

(٥٤٥٥) فصل: إذا تزوج أختين في حال كفره، فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول، فاختار أحداهما، فلا مهر للأخرى؛ لأننا تبينا أن الفرقة وقعت بإسلامهم جميعا، فلا تستحق مهرا، كما لو فسخ النكاح لعيب في إحداهما، ولأنه نكاح لا يقر عليه في الإسلام، فلا يجب به مهر إذا لم يدخل بها، كما لو تزوج المجوسي أخته، ثم أسلما قبل الدخول. وهكذا الحكم فيما زاد على الأربع إذا أسلموا جميعا قبل الدخول، فاختار أربعا، وانفسخ نكاح البواقي، فلا مهر لهن؛ لما ذكرنا. والله أعلم.

[مسألة كانتا أما وبنتا فأسلم الزوج وأسلمتا معا]

(٥٤٥٦) مسألة؛ قال: وإن كانتا أما وبنتا، فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول، فسد نكاح الأم، وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما الكلام في هذه المسألة في فصلين: (٥٤٥٧) الفصل الأول: إذا كان إسلامهم جميعا قبل الدخول، فإنه يفسد نكاح الأم، ويثبت نكاح البنت. وهذا أحد قولي الشافعي، واختيار المزني. وقال في الآخر: يختار أيتهما شاء؛ لأن عقد الشرك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم إليه الاختيار، فإذا اختار الأم فكأنه لم يعقد على البنت

ولنا قول الله تعالى: ﴿وأمهات نسائكم﴾ [النساء: ٢٣] . وهذه أم زوجته، فتدخل في عموم الآية، ولأنها أم زوجته، فتحرم عليه، كما لو طلق ابنتها في حال شركه، ولأنه لو تزوج البنت وحدها، ثم طلقها، حرمت عليه أمها إذا أسلم، فإذا لم يطلقها وتمسك بنكاحها أولى. وقولهم: إنما يصح العقد بانضمام الاختيار إليه. غير صحيح؛ فإن أنكحة الكفار صحيحة، ثبت لها أحكام الصحة

وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار، ولهذا فوض إليه الاختيار هاهنا. ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا." (١)

"كما لو أسلمت تحت كافر. ثم ينظر؛ فإن كانت المرأة هي المرتدة، فلا مهر لها؛ لأن الفسخ من قبلها، وإن كان الرجل هو المرتد، فعليه نصف المهر؛ لأن الفسخ من جهته، فأشبه ما لو طلق، وإن كانت

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٦٣

التسمية فاسدة، فعليه نصف مهر المثل.

[مسألة ارتد أحد الزوجين بعد الدخول]

(٥٤٧٩) مسألة؛ قال: (وإن كانت ردتها بعد الدخول، فلا نفقة لها. وإن لم تسلم حتى انقضت عدتها، انفسخ نكاحها، ولو كان هو المرتد بعد الدخول، فلم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدتها، انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان) اختلفت الرواية عن أحمد، فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول، حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين، ففي إحداهما تتعجل الفرقة

وهو قول أبي حنيفة، ومالك. وروي ذلك عن الحسن، وعمر بن عبد العزيز، والثوري، وزفر، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأن ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده، كالرضاع. والثانية. يقف على انقضاء العدة، فإن أسلم المرتد قبل انقضائها، فهما على النكاح، وإن لم يسلم حتى انقضت، بانت منذ اختلف الدينان

وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه لفظ تقع به الفرقة، فإذا وجد بعد الدخول، جاز أن يقف على انقضاء العدة، كالطلاق الرجعي، أو اختلاف دين بعد الإصابة، فلا يوجب فسخه في الحال، كإسلام الحربية تحت الحربي، و قياسه، على إسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع. فأما النفقة، فإن قلنا بتعجيل الفرقة، فلا نفقة لها؛ لأنها بائن منه

وإن قلنا: يقف على انقضاء العدة. وكانت المرأة المرتدة، فلا نفقة لها؛ لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها، وتلافي نكاحها، فلم يكن لها نفقة، كما بعد العدة. وإن كان هو المرتد، فعليه النفقة للعدة، لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن يسلم، ويمكنه تلافي نكاحها، فكانت النفقة واجبة عليه، كزوج الرجعية.

[فصل ارتد الزوجان معا]

(٥٤٨٠) فصل: فإن ارتد الزوجان معا، فحكمهما حكم ما لو ارتد أحدهما؛ إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة، وإن كان بعده، فهل تتعجل، أو يقف على انقضاء العدة؟ على روايتين. وهذا مذهب الشافعي. قال أحمد، في رواية ابن منصور: إذا ارتدا معا، أو أحدهما، ثم تابا، أو تاب، فهو أحق بها، ما لم تنقض العدة. وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ النكاح استحسانا؛ لأنه لم يختلف بهما الدين، فأشبه ما لو أسلما.." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٧٤

"الأخرى، ويكون في التي سمى لها صداقا روايتان؛ لأن فيه تسمية وشرطا، فأشبه ما لو سمى لكل واحدة منهما مهرا ذكره القاضي هكذا. (٥٤٨٧) فصل: فإن قال: زوجتك جاريتي هذه، على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتها صداقا لابنتك. لم يصح تزويج الجارية، في قياس المذهب؛ لأنه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته

وإذا زوجه ابنته، على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها، صح؛ لأن الجارية تصلح أن تكون صداقا. وإن زوج عبده امرأة، وجعل رقبته صداقا لها، لم يصح الصداق؛ لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح، فيفسد الصداق، ويصح النكاح، ويجب مهر المثل.

[مسألة نكاح المتعة]

(٥٤٨٨) مسألة؛ قال: (ولا يجوز نكاح المتعة) معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة، مثل أن يقول: زوجتك ابنتي شهرا، أو سنة، أو إلى انقضاء الموسم، أو قدوم الحاج. وشبهه، سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة. فهذا نكاح باطل. نص عليه أحمد، فقال: نكاح المتعة حرام. وقال أبو بكر: فيها رواية أخرى، أنها مكروهة غير حرام؛ لأن ابن منصور سأل أحمد عنها، فقال: يجتنبها أحب إلي. وقال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم. وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا، ويقول: في المسألة رواية واحدة في تحريمها. وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء. وممن روي عنه تحريمها عمر، وعلي، وابن عمر، وابن مسعود، وابن الزبير قال ابن عبد البر: وعلى تحريم المتعة مالك، وأهل المدينة، وأبو حنيفة في أهل العراق، والأوزاعي في أهل الشام، والليث في أهل مصر، والشافعي، وسائر أصحاب الآثار

وقال زفر: يصح النكاح، ويبطل الشرط. وحكي عن ابن عباس، أنها جائزة. وعليه أكثر أصحاب عطاء وطاوس. وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري، وجابر وإليه ذهب الشيعة؛ لأنه قد ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أذن فيها، وروي أن عمر قال: «متعتان كانتا على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أفأنهى عنهما، وأعاقب عليهما؛ متعة النساء، ومتعة الحج.» ولأنه عقد على منفعة، فيكون مؤقتا، كالإجارة. ولنا ما روى الربيع بن سبرة، أنه قال أشهد على أبي، أنه حدث «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عنه في حجة الوداع» . وفي لفظ: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «حرم متعة النساء.» . رواه أبو داود." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٨/٧

"النساء الثقات، ويقبل فيه قول امرأة واحدة، فإن شهدت بما قال الزوج، وإلا فالقول قول المرأة
وأما الجنون، فإنه يثبت الخيار، سواء كان مطبقا أو كان يجن في الأحيان؛ لأن النفس لا تسكن إلى من هذه حاله، إلا أن يكون مريضا يغمى عليه، ثم يزول، فذلك مرض لا يثبت به خيار. فإن زال المرض، ودام به الإغماء، فهو كالجنون، يثبت به الخيار، وأما الجب، فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعا، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به، فإن بقي منه ما يمكن الجماع به، ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة، فلا خيار لها؛ لأن الوطء يمكن. وإن اختلفا في ذلك، فالقول قول المرأة؛ لأنه يضعف بالقطع، والأصل عدم الوطء ويحتمل أن القول قوله، كما لو ادعى الوطء في العنة، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله، فأشبه من له ذكر قصير
(٥٥٠٠) الفصل الثالث: أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه؛ لأنه لا يمنع من الاستمتاع المعقود عليه، ولا يخشى تعديه، فلم يفسخ به النكاح، كالعمى والعرج، ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس، ولا نص في غير هذه ولا إجماع، ولا يصح قياسها على هذه العيوب؛ لما بينهما من الفرق
وقال أبو بكر. وأبو حفص: إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاءه فللآخر الخيار. قال أبو الخطاب: ويتخرج على ذلك من به الباسور، والناصور، والقروح السيالة في الفرج، لأنها تثير نفرة، وتتعدى نجاستها، وتسمى من لا تحبس نجوها الشريم، ومن لا تحبس بولها المشولة، ومثلها من الرجال الأفين
قال أبو حفص: والخصاء عيب يرد به. وهو أحد قولي الشافعي لأن فيه نقصا وعارا، ويمنع الوطء أو يضعفه. وقد روى أبو عبيد، بإسناده عن سليمان بن يسار، أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي، فقال له عمر: أعلمتها؟ قال: لا. قال: أعلمها، ثم خيرها. وفي البخر، وكون أحد الزوجين خنثى، وجهان؛ أحدهما، يثبت الخيار؛ لأن فيه نفرة ونقصا وعارا، والبخر: نتن الفم. وقال ابن حامد: هو نتن في الفرج، يثور عند الوطء. وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضا بخرا ويثبت الخيار، وإلا فلا معنى له، فإن نتن الفم يسمى بخرا، ويمنع مقاربة صاحبه إلا على كره
وما عدا هذه فلا يثبت الخيار، وجها واحدا، كالقرع، والعمى، والعرج، وقطع اليدين والرجلين؛ لأنه لا يمنع الاستمتاع، ولا يخشى تعديه. ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا، إلا أن الحسن قال: إذا وجد الآخر عقيما يخير. وأحب أحمد أن يتبين أمره." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٨٦

"[فصل إن عتق زوج الأمة لم يثبت له خيار]

(٥٥٣٠) فصل: وإن عتق زوج الأمة، لم يثبت له خيار؛ لأن عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح، ولذلك لا تعتبر الكفاءة إلا في الرجل دون المرأة. ولو تزوج امرأة مطلقا، فبانت أمة، لم يثبت له خيار. ولو تزوجت المرأة رجلا مطلقا، فبان عبدا كان لها الخيار، وكذلك في الاستدامة، لكن إن عتق ووجد الطول لحرة، فهل يبطل نكاحه؟ على وجهين، تقدم ذكرهما.

[فصل عتقت الأمة فقالت لزوجها زدني في مهري]

(٥٥٣١) فصل: وإذا عتقت الأمة، فقالت لزوجها: زدني في مهري. ففعل، فالزيادة لها دون سيدها، سواء كان زوجها حرا أو عبدا، وسواء عتق معها، أو لم يعتق. نص عليه أحمد، فيم إذا زوج عبده من أمته ثم عتقا جميعا، فقالت الأمة: زدني في مهري. فالزيادة للأمة لا للسيد. فقيل: أرأيت إن كان الزوج لغير السيد، لمن تكون الزيادة؟ قال: للأمة

وعلى قياس هذا، لو زوجها سيدها، ثم باعها، فزادها زوجها في مهرها، فالزيادة للثاني. وقال القاضي: الزيادة للسيد المعتق في الموضعين، على قياس المذهب؛ لأن من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالعقد الأول، فتكون كالمذكورة فيه. والذي قلناه أصح؛ لأن الملك في الزيادة إنما ثبت حال وجودها، بعد زوال ملك سيدها عنها، فيكون لها، ككسبها والموهوب لها

وقولنا: إن الزيادة تلحق بالعقد. معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها، ويصير الجميع صداقا، وليس معناه أنا تبينا أن الملك كان ثابتا فيها، وكان لسيدها، فإن هذا محال، ولأن سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق، فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه؛ لأنه يؤدي إلى تقدم الحكم قبل سببه، ولو كان الملك ثابتا للمعتق فيه حين التزويج للزمته زكاته، وكان له نماؤه. وهذا أظهر من أن نطيل فيه.

[باب أجل العنين والخصي غير المجبوب]

العنين: هو العاجز عن الإيلاج. وهو مأخوذ من عن. أي: اعترض؛ لأن ذكره يعن إذا أراد إيلاجه، أي يعترض، والعنن الاعتراض. وقيل: لأنه يعن لقبل المرأة عن يمينه وشماله، فلا يقصده. فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به، ويستحق به فسخ النكاح، بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها، ويعلم حاله بها. وهذا قول عمر، وعثمان، وابن مسعود، والمغيرة بن شعبة، - رضي الله عنهم -

وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، وعمرو بن دينار، والنخعي، وقتادة، وحماد بن أبي سليمان. وعليه

فتوى فقهاء الأمصار، منهم؛ مالك، وأبو حنيفة وأصحابه والثوري، والأوزاعي والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد وشذ الحكم بن عيينة، وداود، فقالا: لا يؤجل، وهي امرأته

وروي ذلك عن علي – رضي الله عنه –؛ لأن." (١)

"الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال. فإذا مضت الفصول الأربعة، واختلفت عليه الأهوية فلم تزل، علم أنه خلقة

وحكي عن أبي عبيد، أنه قال: أهل الطب يقولون: الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة، ثم يظهر. وابتداء السنة منذ ترافعه. قال ابن عبد البر: على هذا جماعة القائلين بتأجيله. قال معمر في حديث عمر: يؤجل سنة: من يوم مرافعته، فإذا انقضت المدة فلم يطأ، فلها الخيار، فإن اختارت الفسخ، لم يجز إلا بحكم حاكم؛ لأنه مختلف فيه، فإما أن يفسخ، وإما أن يرده إليها فتفسخ هي. في قول عامة القائلين به ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه؛ لأنه لحقها، فلا تجبر على استيفائه، كالفسخ للإعسار، فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق. وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة، ومالك والثوري يفرق الحاكم بينهما، وتكون تطليقة؛ لأنه فرقة لعدم الوطء، فكانت طلاقا، كفرقة المولي. ولنا، أن هذا خيار ثبت لأجل العيب، فكان فسخا، كفسخ المشتري لأجل العيب.

[فصل اتفقا بعد الفرقة على الرجعة]

(٥٥٣٣) فصل: فإن اتفقا بعد الفرقة على الرجعة، لم يجز إلا بنكاح جديد؛ لأنها قد بانت عنه، وانفسخ النكاح. فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث. نص عليه أحمد. وذكر أبو بكر فيها قولا ثانيا، أنهما لا يجتمعان أبدا؛ لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم، فحرمت النكاح، كفرقة اللعان

والمذهب أنها تحل له؛ لأنها فرقة لأجل العيب، فلم تمنع النكاح، كفرقة المعتقة، والفرقة في سائر العيوب. وأما فرقة اللعان فإنها حصلت بلعانهما قبل تفريق الحاكم، وهاهنا بخلافه، ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح، فمنع ابتداءه، ويوجب الفرقة، فمنع الاجتماع، وهاهنا بخلافه. ولو رضيت المرأة بالمقام، أو لم تطلب الفسخ، لم يجز الفسخ، فكيف يصح ال قياس مع هذه الفروق؟ .

[فصل من علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٩٩

(٥٥٣٤) فصل: ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض؛ من صغر، أو مرض مرجو الزوال، لم تضرب له مدة؛ لأن ذلك عارض يزول، والعنة خلقة وجبلة لا تزول. وإن كان لكبر، أو مرض لا يرجى زواله، ضربت له المدة؛ لأنه في معنى من خلق كذلك. وإن كان لجب، أو شلل، ثبت الخيار في الحال؛ لأن الوطء ميئوس منه فلا معنى لانتظاره. وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به، فالأولى ضرب المدة له؛ لأنه في معنى العنين خلقة. وإن اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

[فصل الخصي من عيوب النكاح]

(٥٥٣٥) فصل: فأما الخصي، فإن الخرقي ذكره في ترجمة الباب، ولم يفرده بحكم، فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره، في أنه." (١)

"[مسألة إن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة بطل أن يكون عنينا]

(٥٥٣٩) مسألة؛ قال: وإن اعترفت أنه قد وصل إليها مرة، بطل أن يكون عنينا. أكثر أهل العلم على هذا، يقولون: متى وطىء امرأته مرة، ثم ادعت عجزه، لم تسمع دعواها، ولم تضرب له مدة، منهم؛ عطاء، وطاوس، والحسن، ويحيى الأنصاري، والزهري، وعمرو بن دينار، وقتادة، وابن هاشم، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور: إن عجز عن وطئها أجل لها؛ لأنه عجز عن وطئها، فثبت حقها، كما لو جب بعد الوطء.

ولنا، أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح، وزوال عنته، فلم تضرب له مدة، كما لو لم يعجز، ولأن حقوق الزوجية، من استقرار المهر والعدة، تثبت بوطء واحد، وقد وجد. وأما الجب، فإنه يتحقق به العجز فافترقا.

[فصل الوطء الذي يخرج به عن العنة]

(٥٥٤٠) فصل: والوطء الذي يخرج به عن العنة، هو تغييب الحشفة في الفرج؛ لأن الأحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغييب الحشفة، فكان وطئا صحيحا، فإن كان الذكر مقطوع الحشفة، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يخرج عن العنة إلا بتغييب جميع الباقي؛ لأنه لا حد هاهنا يمكن اعتباره، فاعتبر تغييب جميعه؛ لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٠١

المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء. والثاني، يعتبر تغييب قدر الحشفة، ليكون ما يجزئ من المقطوع مثل ما يجزئ من الصحيح

وللشافعي قولان كهذين. (٥٥٤١) فصل: ولا يخرج عن العنة بالوطء في الدبر؛ لأنه ليس بمحل للوطء، فأشبه الوطء فيما دون الفرج، ولذلك لا يتعلق به الإحلال للزوج الأول، ولا الإحصان. وإن وطئها في القبل حائضا، أو نفساء، أو محرمة، أو صائمة، خرج عن العنة. وذكر القاضي أن قياس المذهب أن لا يخرج من العنة؛ لنص أحمد على أنه لا يحصل به الإحصان والإباحة للزوج الأول، ولأنه وطء محرم، أشبه الوطء في الدبر

ولنا، أنه وطء في محل الوطء، فخرج به عن العنة، كما لو وطئها وهي مريضة يضرها الوطء، ولأن العنة العجز عن الوطء، ولا يبقى مع وجود الوطء، فإن العجز ضد القدرة، فلا يبقى مع وجود ضده، وما ذكره غير صحيح؛ لأن تلك أحكام يجوز أن تنتفي مع وجود سببها لمانع، أو لفوات شرط، والعنة في نفسها أمر حقيقي، لا يتصور بقاؤه مع انتفائه

فأما الوطء في الدبر، فليس بوطء في محله، بخلاف مسألتنا. وقد اختار ابن عقيل أنه تنتفي به العنة؛ لأنه أصعب، فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر.

[فصل إن وطئ امرأة لم يخرج به عن العنة في حق غيرها]

(٥٥٤٢) فصل: وإن وطئ امرأة، لم يخرج به عن العنة في حق غيرها. واختار ابن عقيل أنه يخرج عن العنة في حق جميع النساء، فلا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها. وهذا مقتضى قول أبي بكر، وهو قول كل من قال: إنه يختبر بتزويج امرأة أخرى. وحكي ذلك عن سمرة، وعمر بن عبد العزيز. وذلك لأن العنة خلقة وجبلة لا تتغير بتغير النساء، فإذا انتفت في حق امرأة، لم تبق في حق غيرها

ولنا، أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها، ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن، فرضي بعضهن، سقط حقها." (١)

"واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، أنه قال: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» . ولأنه يستباح به عضو، فكان مقدرا كالذي يقطع به السارق. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - للذي زوجه: «هل عندك من شيء تصدقها؟ قال: لا أجد. قال: التمس، ولو خاتما من حديد» . متفق عليه. وعن عامر بن ربيعة، أن امرأة من بني فزارة، تزوجت على نعلين، فقال رسول الله - صلى الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٠٤

عليه وسلم -: «أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم. فأجازه.» أخرجه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وعن جابر، أن رسول الله قال: «لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما، كانت له حلالا» . رواه الإمام أحمد، في المسند. وفي لفظ عن جابر، قال: «كنا ننكح على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على القبضة من الطعام» . رواه الأثرم. ولأن قول الله عز وجل: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] . يدخل فيه القليل والكثير. ولأنه بدل منفعتها، فجاز ما تراضيا عليه من المال، كالعشرة وكالأجرة.

وحديثهم غير صحيح، رواه مبشر بن عبيد، وهو ضعيف، عن الحجاج بن أرطاة، وهو مدلس. ورووه عن جابر، وقد روينا عنه خلافه. أو نحمله على مهر امرأة بعينها، أو على الاستحباب. و قياسهم لا يصح؛ فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة، والقطع إتلاف عضو دون استباحته، وهو عقوبة وحد، وهذا عوض، ف قياسه على الأعواض أولى. وأما أكثر الصداق، فلا توقيت فيه، بإجماع أهل العلم. قاله ابن عبد البر وقد قال الله عز وجل: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا﴾ [النساء: ٢٠] . وروى أبو حفص بإسناده، أن عمر أصدق أم كلثوم ابنة علي أربعين ألفا. وعن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق، فذكرت هذه الآية: ﴿وآتيتم إحداهن قنطارا﴾ [النساء: ٢٠] . قال أبو صالح: القنطار مائة رطل. وقال أبو سعيد الخدري ملء مسك ثور ذهبا وعن مجاهد:." (١)

"تختلف وكذلك الآيات، وهل تحتاج إلى تعيين قراءة مرتبة؟ فيه وجهان، أحدهما يحتاج إلى ذلك؛ لأن الأغراض تختلف والقراءات تختلف فمنها صعب كقراءة حمزة، وسهل فأشبه تعيين الآيات. والثاني لا يفتقر إلى التعيين؛ لأن هذا اختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه، ولذلك لم يعين النبي - صلى الله عليه وسلم - للمرأة قراءة وقد كانوا يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فأشبه ما لو أصدقها قفيزا من صبرة وللشافعي في هذا وجهان كهذين.

[فصل أصدقها تعليم سورة لا يحسنها]

(٥٥٥٨) فصل: فإن أصدقها تعليم سورة لا يحسنها

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢١١

نظرت، فإن قال: أحصل لك تعليم هذه السورة صح لأن هذه منفعة في ذمته لا تختص به فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة إذا استأجر من يحصلها له، وإن قال: علي أن أعلمك فذكر القاضي في الجامع أنه لا يصح، لأنه تعين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه ما لو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له، وذكر في المجرد أنه يحتمل الصحة؛ لأن هذه تكون في ذمته، فأشبه ما لو أصدقها مالا في ذمته لا يقدر عليه في الحال.

[فصل جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التي جعلت تعليمي إياها صداقي]

(٥٥٥٩) فصل: فإن جاءته بغيرها، فقالت: علمه السورة التي تريد تعليمي إياها

لم يلزمه؛ لأن المستحق عليه العمل في عين، فلم يلزمه إيقاعه في غيره، كما لو استأجرته لخياطة ثوب فأتته بغيره، فقالت: خط هذا، ولأن المتعلمين يختلفون في التعلم اختلافا كثيرا. ولأن له غرضا في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها، وإن أتاها بغيره يعلمها، لم يلزمها قبول ذلك؛ لأن المعلمين يختلفون في التعليم، ولأن لها غرضا في التعلم منه، لكونه زوجها تحل له ويحل لها، ولأنه لما لم يلزمه تعليم غيرها، لم يلزمها التعلم من غيره، قياسا لأحدهما على الآخر.

[فصل تعلمت السورة التي أصدقها إياها من غيره أو تعذر عليه تعليمها]

(٥٥٦٠) فصل: فإن تعلمتها من غيره أو تعذر عليه تعليمها

فعليه أجر تعليمها، فإن اختلفا، فقال: علمتكها فأنكرت فالقول قولها؛ لأن الأصل عدم تعليمها، وفيه وجه آخر أنهما إن اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله؛ لأن الظاهر معها، وإن علمها السورة ثم أنسيتها فلا شيء عليه؛ لأنه قد وفى لها بما شرط، وإنما تلف الصداق بعد القبض، وإن لقنها الجميع وكلما لقنها آية أنسيتها لم يعتد بذلك تعليما؛ لأن ذلك لا يعد تعليما ولو جاز ذلك لأفضى إلى أنه متى قرأها فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقينا. ويحتمل أن يكون ذلك تلقينا؛ لأنه قد لقنها الآية وحفظتها، فأما ما دون الآية فليس بتلقين وجها واحدا.." [١]

"لمنفعتها فأشبه أجر دارها وصداق أمتها. فإن لم يستأذنها الولي في الصداق، فحكمه حكم الوكيل المطلق في البيع إن جعل الصداق مهر المثل فما زاد صح ولزم، وإن نقص عنه فلها مهر المثل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢١٥

[فصل الصداق لا يكون إلا مالا]

(٥٥٦٤) الفصل الثالث: أن الصداق لا يكون إلا مالا؛ لقول الله تعالى ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة، بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقي لها من النصف مال حلال. وهذا معنى قول الخرقي: له نصف يحصل، وما لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع، كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه، وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه، وما لا يقدر على تسليمه، كالطير في الهواء والسمك في الماء، وما لا يتمول عادة كحبة حنطة وقشرة جوزة لا يجوز أن يكون صداقا؛ لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالمبيع ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول ءادة ويبذل العوض في مثله عرفا، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول، فلا يبقى للمرأة إلا نصفه، فيجب أن يبقى لها مال تنتفع به. ويعتبر نصف القيمة، لا نصف عين الصداق؛ فإنه لو أصدقها عبدا جاز، وإن لم تمكن قسمته.

[مسألة أصدقها عبدا بعينه فوجدت به عيبا فردته]

مسألة؛ قال وإذا أصدقها عبدا بعينه، فوجدت به عيبا فردته، فلها عليه قيمته. وجملة ذلك أن الصداق إذا كان معينا فوجدت به عيبا فلها رده كالمبيع المعيب، ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان العيب كثيرا، فإن كان يسيرا، فحكي عن أبي حنيفة، أنه لا يرد به. ولنا أنه عيب يرد به المبيع، فرد به الصداق، كالكثير، وإذا ردته، فلها قيمته؛ لأن العقد لا ينفسخ برده، فيبقى سبب استحقاقه، فيجب عليه قيمته، كما لو غصبها إياه فأتلفه، وإن كان الصداق مثليا، كالمكيل والموزون، فردته، فلها عليه مثله؛ لأنه أقرب إليه، وإن اختارت إمساك المعيب، وأخذ أرشه فلها ذلك، في قياس المذهب.

وإن حدث به عيب عندها، ثم وجدت به عيبا خيرت بين أخذ أرشه، وبين رده ورد أرش عيبه؛ لأنه عوض في عقد معاوضة، فيثبت فيه ذلك، كالبيع، وسائر فروع الرد بالعيب، فيثبت فيها ها هنا مثل ما يثبت في البيع؛ لما ذكرنا.

[فصل شرطت في الصداق صفة مقصودة]

(٥٥٦٦) فصل: وإن شرطت في الصداق صفة مقصودة، كالكتابة والصناعة، فبان بخلافها، فلها الرد، كما

ترد به في البيع وهكذا إن دلسه تدليسا يرد به المبيع، مثل تحمير وجه الجارية، وتسويد شعرها وتجعيده،." (١)

"وتضمير الماء على الحجر، وأشباه ذلك، فلها الرد به، وإن وجدت الشاة مصراة فلها ردها ورد صاع من تمر، قياسا على البيع، وقد نقل مهنا، عن أحمد، في من تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هي تسعمائة: هي بالخيار، إن شاءت أخذت الدار، وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز.

وهذا فيما إذا أصدقها دارا بعينها على أنها ألف ذراع، فخرجت تسعمائة، فهذا كالعيب في ثبوت الرد؛ لأنه شرط شرطا مقصودا، فبان بخلافه، فأشبه ما لو شرط العبد كاتبا، فبان بخلافه. وجوز أحمد الإمساك؛ لأن المرأة رضيت بها ناقصة، ولم يجعل لها مع الإمساك أرشا؛ لأن ذلك ليس بعيب، ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة نقصها، أو ردها وأخذ قيمتها.

[مسألة تزوجها على عبد فخرج حرا]

(٥٥٦٧) مسألة؛ قال وكذلك إذا تزوجها على عبد فخرج حرا، أو استحق، سواء سلمه إليها أو لم يسلمه. وجملة ذلك أنه إذا تزوجها على عبد بعينه، تظنه عبدا مملوكا فخرج حر ا، أو مغصوبا، فلها قيمته. وبهذا قال أبو يوسف، والشافعي في قديم قوليه. وقال في الجديد: لها مهر المثل، وقال أبو حنيفة ومحمد في المغصوب كقولنا، وفي الحر كقوله؛ لأن العقد تعلق بعين الحر بإشارته إليه، فأشبه ما لو علماه حرا.

ولنا، أن العقد وقع على التسمية، فكان لها قيمته، كالمغصوب، ولأنها رضيت بقيمته، إذ ظنته مملوكا، فكان لها قيمته، كما لو وجدته معيبا فردته، بخلاف ما إذا قال: أصدقتك هذا الحر، أو هذا المغصوب. فإنها رضيت بلا شيء، لرضاها بما تعلم أنه ليس بمال، أو بما لا يقدر على تمليكه إياها، فكان وجود التسمية كعدمها، فكان لها مهر المثل، وقول الخرقي: " سواء سلمه إليها أو لم يسلمه " يعني أن تسليمه لا يفيد شيئا، لأنه سلم ما لا يجوز تسليمه، ولا تثبت اليد عليه، فكان وجوده كعدمه.

[فصل أصدقها مثليا فبان مغصوبا]

(٥٥٦٨) فصل: فإن أصدقها مثليا، فبان مغصوبا فلها مثله لأن المثل أقرب إليه، ولهذا يضمن به في الإتلاف وإن أصدقها جرة خل، فخرجت خمرا أو مغصوبة، فلها مثل ذلك خلا لأن الخل من ذوات الأمثال، وهذا مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي، وقال القاضي: لها قيمته؛ لأن الخمر ليس بمال

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٧/٧

ولا من ذوات الأمثال. والصحيح ما قلناه؛ لأنه سماه خلا، فرضيت به على ذلك، فكان لها بدل المسمى كالحر." (١)

"ولنا أنه أصدقها تحصيل عبد معين، فصح، كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا، وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه.

إذا ثبت هذا، فإنه إذا قدر عليه بثمن مثله، لزمه تحصيله ودفعه إليها، وإن جاءها بقيمته، لم يلزمها قبوله؛ لأنه قدر على دفع صداقها إليها، فلزمه، كما لو أصدقها عبدا يملكه. وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه؛ لتلفه أو غير ذلك، أو طلب فيه أكثر من قيمته، فلها قيمته؛ لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقوم فوجبت قيمته، كما لو تلف، وإن كان الذي جعل لها مثليا، فتعذر شراؤه، وجب لها مثله؛ لأن المثل أقرب إليه.

[فصل تزوجها على عبد موصوف في الذمة]

(٥٥٧٢) فصل: وإن تزوجها على عبد موصوف في الذمة؛ صح لأنه يصح أن يكون عوضا في البيع. فإن جاءها بقيمته، لم يلزمها قبولها. وبهذا قال الشافعي. واختاره أبو الخطاب وقال القاضي: يلزمها قبولها، قياسا على الإبل في الدية. ولنا أنها استحقت عليه بعقد معاوضة، فلم يلزمها أخذ قيمته، كالمسلم فيه، ولأنه عبد وجب صداقا فأشبه ما لو كان معيبا، وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الإبل، وإنما الأثمان أصل في الدية، كما أن الإبل أصل، فيتخير بين دفع أي الأصول شاء، فيلزم الولي قبوله لها على طريق القيمة، بخلاف مسألتنا، ولأن الدية خارجة عن ال قياس، فلا يناقض بها، ولا يقاس عليها، ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات، ثم ينتقض بالعبد المعين.

[فصل تزوجها على أن يعتق أباها]

(٥٥٧٣) فصل: وإن تزوجها على أن يعتق أباها صح، نص عليه أحمد فإن طلب به أكثر من قيمته، أو لم يقدر عليه، فلها قيمته. وهذا قول الشعبي. ووجهه ما تقدم. فإن جاءها بقيمته مع إمكان شرائه، لم يلزمها قبولها؛ لما ذكرنا، ولأنه يفوت عليها العوض في عتق أبيها.

[فصل لا يصح الصداق إلا معلوما يصح بمثله البيع]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢١٨

(٥٥٧٤) فصل: ولا يصح الصداق إلا معلوما يصح بمثله البيع. وهذا اختيار أبي بكر، ومذهب الشافعي. وقال القاضي: يصح مجهولا، ما لم تزد جهالته على مهر المثل؛ لأن جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم، فطلقها قبل أن يدخل بها: يقوم الخادم وسطا على قدر ما يخدم مثلها. ونحو هذا قول أبي حنيفة فعلى هذا إذا تزوجها على عبد، أو أمة، أو فرس، أو بغل، أو حيوان من جنس معلوم، أو ثوب هروي أو مروي، وما أشبهه مما يذكر جنسه، فإنه يصح، ولها الوسط. وكذلك قفيز حنطة، وعشرة." (١)

"أرطال زيت.

وإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل، كثوب أو دابة أو حيوان، أو على حكمها أو حكمه أو حكم أجنبي، أو على حنطة أو شعير أو زيت، أو على ما اكتسبه في العام، لم يصح؛ لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط، فيتعذر تسليمه. وفي الأول يصح؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «العلائق ما تراضى عليه الأهلون» .

وهذا قد تراضوا عليه، ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال، فثبت مطلقا كالدية، ولأن جهالة التسمية ها هنا أقل من جهالة مهر المثل، لأنه يعتبر بنسائها ممن يساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها، ثم لو تزوجها على مهر مثلها صح، فهاهنا مع قلة الجهل فيه أولى ويفارق البيع؛ فإنه لا يحتمل فيه الجهالة بحال، وقال مالك: يصح مجهولا؛ لأن ذلك ليس بأكثر من ترك ذكره وقال أبو الخطاب: إن تزوجها على عبد من عبيده، أو قميص من قمصانه، أو عمامة من عمائمه ونحو ذلك صح، لأن؛ أحمد قال في رواية مهنا، في من تزوج على عبد من عبيده: جائز، فإن كانوا عشرة عبيد، تعطى من أوسطهم، فإن تشاحا أقرع بينهم. قلت: وتستقيم القرعة في هذا؟ قال: نعم. ووجهه أن الجهالة ها هنا يسيرة، ويمكن التعيين بالقرعة، بخلاف ما إذا أصدقها عبدا مطلقا، فإن الجهالة تكثر، فلا يصح.

ولنا أن الصداق عوض في عقد معاوضة، فلم يصح مجهولا، كعوض البيع والإجارة، ولأن المجهول لا يصلح عوضا في البيع، فلم تصح تسميته كالمحرم، وكما لو زادت جهالته على مهر المثل، وأما الخبر، فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا، بدليل سائر ما لا يصلح، وأما الدية، فإنها تثبت بالشرع، لا بالعقد، وهي خارجة عن ال قياس في تقديرها، ومن وجبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا، ثم إن الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه، مقدر بقيمته، فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الأمرين؟ ثم ليست عقدا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٢٠

وإنما الواجب بدل متلف، لا يعتبر فيه التراضي، فهو كقيم المتلفات، فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به؟ ثم إن قياس العوض في عقد معاوضة على عوض في معاوضة أخرى، أصح وأولى من قياسه على بدل متلف، وأما مهر المثل، فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة، كما تجب قيم المتلفات، وإن كانت تحتاج إلى نظر، ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند عدم التسمية، ولا نصير إلى عبد مطلق، ولو باع ثوبا بعبد مطلق فأتلفه المشتري، فإنا نصير إلى تقويمه، ولا نوجب العبد المطلق، ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنس الواحد دون جهالة مهر المثل، فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالبكارة والثيوبة فحسب، فيكون إذا معلوما، والوسط من الجنس يبعد الوقوف عليه، لكثرة أنواع." (١)

"بمنزلة الغاصب، وإن لم يحل بينه وبينها، فهل يكون من ضمانها، أو من ضمانه؟ على وجهين، بناء على المبيع، وقد ذكرنا حكمه في بابه.

الحكم الثاني، أن الصداق يتنصف بالطلاق قبل الدخول؛ لقوله تعالى ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] وليس في هذا اختلاف بحمد الله، و قياس المذهب أن نصف الصداق يدخل في ملك الزوج حكما، كالميراث لا يفتقر إلى اختياره وإرادته، فما يحدث من النماء يكون بينهما وهو قول زفر وذكر القاضي احتمالا آخر، أنه لا يدخل في ملكه حتى يختاره، كالشفيع وهو قول أبي حنيفة وللشافعي قولان، كالوجهين.

ولنا قوله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] . أي لكم أو لهن، فاقتضى ذلك أن النصف لها والنصف له، بمجرد الطلاق، ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على إرادته واختياره، كالإرث، ولأنه سبب لنقل الملك، فنقل الملك بمجرده. كالبيع وسائر الأسباب. ولا تلزم الشفعة؛ فإن سبب الملك فيها الأخذ بها، ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير إرادته واختياره، وقبل الأخذ ما وجد السبب.

وإنما استحق بمباشرة سبب الملك، ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره، كما أن الطلاق مفوض إلى اختياره فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق، وثبوت الملك للآخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق، فإن ثبوت الملك حكم لها، وثبوت أحكام الأسباب بعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد، ولا إرادته. فإن نقص

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٢١

الصداق في يد المرأة بعد الطلاق، فإن كان قد طالبها به فمنعته، فعليها الضمان؛ لأنها غاصبة، وإن تلف قبل مطالبته، ف قياس المذهب أنه لا ضمان عليها؛ لأنه حصل في يدها بغير فعلها، ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه، كالوديعة وإن اختلفا في مطالبته لها، فالقول قولها؛ لأنها منكرة.

وإن ادعى أن التلف أو النقص كان قبل الطلاق. وقالت: بعده. فالقول أيضا قولها؛ لأنه يدعي ما يوجب الضمان عليها وهي تنكره، والقول قول المنكر. وظاهر قول أصحاب الشافعي، أن على المرأة الضمان لما تلف أو نقص في يدها بعد الطلاق؛ لأنه حصل في يدها بحكم قطع العقد، فأشبه المبيع إذا ارتفع العقد بالفسخ.

ولنا ما ذكرناه، وأما المبيع فيحتمل أن يمنع وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما، أو من المشتري، فقد حصل منه التسبب إلى جعل ملك غيره في يده، وفي مسألتنا ليس من المرأة فعل، وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده، فأشبه ما لو ألقى ثوبه في دارها بغير أمرها.

[فصل خالع امرأته بعد الدخول]

(٥٥٨٤) فصل: ولو خالع امرأته بعد الدخول، ثم تزوجها في عدتها، ثم طلقها قبل دخوله بها، فلها في النكاح الثاني." (١)

"نصف الصداق المسمى فيه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لها جميعه؛ لأن حكم الوطء موجود فيه، بدليل أنها لو أتت بولد لزمه. ولنا قول الله سبحانه ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولأنه طلاق من نكاح لم يمسها فيه، فوجب أن يتنصف به المهر، كما لو تزوجها بعد العدة، وما ذكره غير صحيح، فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده، ولا يقوم مقامه. فأما إن كان لم يدخل بها في النكاح الأول أيضا، فعليه نصف الصداق الأول، ونصف الصداق الثاني. بغير خلاف.

الحكم الثالث، أن الصداق إذا زاد بعد العقد، لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة، كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن، أو متميزة، كالولد والكسب والثمرة، فإن كانت متميزة أخذت الزيادة، ورجع بنصف الأصل، وإن كانت غير متميزة، فالخيرة إليها، إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد؛ لأن الزيادة لها

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٢٧

لا يلزمها بذلها ولا يمكنها دفع الأصل بدونها، فصرنا إلى نصف القيمة، وإن شاءت دفعت إليه نصفا زائدا، فيلزمه قبوله؛ لأنها دفعت إليه حقه وزيادة لا تضر ولا تتميز، فإن كان محجورا عليها، لم يكن لها الرجوع إلا في نصف القيمة لأن الزيادة لها، ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها.

وإن نقص الصداق بعد العقد، فهو من ضمانها، ولا يخلو أيضا من أن يكون النقص متميزا أو غير متميز، فإن كان متميزا، كعبدين تلف أحدهما، فإنه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف، أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمثال، وإن لم يكن متميزا، كعبد كان شابا فصار شيخا، فنقصت قيمته، أو نسي ما كان يحسن من صناعة أو كتابة، أو هزل، فالخيار إلى الزوج، إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها؛ لأن ضمان النقص عليها، فلا يلزمه أخذ نصفه؛ لأنه دون حقه، وإن شاء رجع بنصفه ناقصا، فتجبر المرأة على ذلك، لأنه رضي أن يأخذ حقه ناقصا، وإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا، لم يكن له هذا في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر الفقهاء. وقال القاضي: ال قياس أن له ذلك، كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش.

وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة، والشافعي وقال محمد بن الحسن: الزيادة غير المتميزة تابعة للعين، فله الرجوع فيها؛ لأنها تتبع في الفسوخ، فأشبهت زيادة السوق. ولنا أنها زيادة حدثت في ملكها، فلم تنصف بالطلاق، كالمتميزة، وأما زيادة السوق فليست ملكه، وفارق نماء المبيع، لأن سبب الفسخ العيب، وهو سابق على الزيادة، وسبب تنصيف المهر الطلاق، وهو حادث بعدها، ولأن الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين، ولهذا لو وجدها ناقصة، كان له." (١)

"وما عداه لا يحتاج إلى قبض، ولها التصرف فيه قبل قبضه. وقال القاضي: ما كان متعينا فلها التصرف فيه، وما لم يكن متعينا، كالقفيز من صبرة، والرطل من زيت من دن، لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه، كالمبيع، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى، أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه. وهذا مذهب الشافعي. وهذا أصل ذكر في البيع.

وذكر القاضي في موضع آخر أن ما لم ينتقض العقد بهلاكه، كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه؛ لأنه بذل لا ينفسخ السبب الذي ملك به بهلاكه، فجاز التصرف فيه قبل قبضه، كالوصية والميراث. وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها، وهو نوع تصرف فيه، و قياس المذهب أن ما جاز لها التصرف فيه، فهو من ضمانها إن تلف أو نقص، وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج. وإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٨/٧

منعها الزوج قبضه، أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال؛ لأن يده عادية فضمنه كالغاصب. وقد نقل مهنا، عن أحمد في رجل تزوج امرأة على هذا الغلام، ففقئت عينه، فقال: إن كانت قبضته، فهو لها، وإن لم تكن قبضته، فهو على الزوج. فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال وهو مذهب الشافعي.

وكل موضع قلنا: هو من ضمان الزوج قبل القبض. إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه، ويضمنه بمثله إن كان مثليا، وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي في القديم وقال في الجديد: يرجع إلى مهر المثل لأن تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض، فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته، كالمبيع، ومهر المثل هو القيمة، فوجب الرجوع إليه. ولنا أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها، فالواجب بدلها، كالمغصوب والقرض والعارية، وفارق المبيع إذا تلف فإن البيع انفسخ، وزال سبب الاستحقاق.

إذا ثبت هذا، فإن التالف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال؛ أحدها، أن يتلف بفعلها، فيكون ذلك قبضا منها، ويسقط عن الزوج ضمانه. والثاني، تلف بفعل الزوج، فهو من ضمانه على كل حال، ويضمنه لها بما ذكرناه. والثالث، أتلفه أجنبي، فلها الخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه، وبين الرجوع على الزوج، ويرجع الزوج على المتلف. الرابع، تلف بفعل الله تعالى، فهو على ما ذكرناه من التفصيل في صدر المسألة.

[فصل طلق المرأة قبل الدخول]

(٥٥٨٩) فصل: إذا طلق المرأة قبل الدخول، وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود، لم يخل من ثلاثة أقسام:." (١)

"قال الثوري لأنهما اختلفا في العوض المستحق في العقد، ولا بينة، فيتحالفان قياسا على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن. وقال مالك: إن كان الاختلاف قبل الدخول، تحالفا وفسخ النكاح، وإن كان بعده فالقول قول الزوج. وبناه على أصله في البيع؛ فإنه يفرق في التحالف بين ما قبل القبض وبعده، ولأنها إذا أسلمت نفسها بغير إشهاد، فقد رضيت بأمانته.

ولنا، أن الظاهر قول من يدعي مهر المثل، فكان القول قوله، قياسا على المنكر في سائر الدعاوى، وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد ولأنه عقد لا ينفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٣١

ولأن القول بالتحالف يفضي إلى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به فإنها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال: بل هو خمسون أوجب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة.

ولو ادعت مائتين، وقال: بل هو مائة وخمسون ومهر مثلها مائة، فأوجب مائة لأسقط خمسين يتفقان على وجوبها. ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما، لم يجز إيجابه؛ لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد، وإن وافق قول أحدهما، فلا حاجة في إيجابه إلى يمين من ينفيه؛ لأنها لا تؤثر في إيجابه، وفارق البيع؛ فإنه ينفسخ بالتحالف، ويرجع كل واحد منهما في ماله.

وما ادعاه مالك من أنها استأمنته، لا يصح؛ فإنها لم تجعله أمينها، ولو كان أمينا لها لوجب أن تكون أمينة له، حين لم يشهد عليها، على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الإشهاد، فقد تكون بينهما بينة، فتموت أو تغيب أو تنسى الشهادة، إذا ثبت هذا فكل من قلنا: القول قوله فهو مع يمينه؛ لأنه اختلاف فيما يجوز بذله، تشرع فيه اليمين، كسائر الدعاوى في الأموال. وحكي عن القاضي، أن اليمين لا تشرع في الأحوال كلها؛ لأنها دعوى في النكاح.

[فصل ادعى أقل من مهر المثل وادعت هي أكثر منه]

(٥٥٩٢) فصل: فإن ادعى أقل من مهر المثل، وادعت هي أكثر منه رد، إلى مهر المثل. ولم يذكر أصحابنا يمينا. والأولى أن يتحالفا؛ فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة، فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه، كالمنكر في سائر الدعاوى، ولأنهما تساويا في عدم الظهور، فيشرع التحالف، كما لو اختلف المتبايعان. وهذا قول أبي حنيفة، والباقون على أصولهم.

[فصل قال تزوجتك على هذا العبد]

(٥٥٩٣) فصل: فإن قال: تزوجتك على هذا العبد. فقالت: بل على هذه الأمة. وكانت قيمة العبد مهر المثل، أو أكثر، وقيمة الأمة فوق ذلك، حلف الزوج ووجبت لها قيمة العبد؛ لأن قوله يوافق الظاهر، ولا تجب." (١)

"درعك الحطمية؟ .» رواه أبو داود، والنسائي. ولنا حديث عقبة بن عامر، في الذي زوجه النبي - صلى الله عليه وسلم - ودخل بها ولم يعطها شيئا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٣٤

وروت عائشة، قالت: «أمرني رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن أدخل امرأة على زوجها، قبل أن يعطيها شيئا.» رواه ابن ماجه. ولأنه عوض في عقد معاوضة، فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه، كالثمن في البيع، والأجرة في الإجارة. وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب، فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئا، موافقة للأخبار، ولعادة الناس فيما بينهم، ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة، وليكون ذلك أقطع للخصومة. ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب، فلا يكون بين القولين فرق. والله أعلم.

[مسألة مات أحد الزوجين قبل الإصابة وقبل الفرض]

(٥٦١٢) مسألة؛ قال: (ولو مات أحدهما قبل الإصابة، وقبل الفرض، ورثه صاحبه، وكان لها مهر نسائها) أما الميراث فلا خلاف فيه؛ فإن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضا وعقد الزوجية هاهنا صحيح ثابت، فيورث به؛ لدخوله في عموم النص. وأما الصداق، فإنه يكمل لها مهر نسائها، في الصحيح من المذهب. وإليه ذهب ابن مسعود، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، وإسحاق. وروي عن علي، وابن عباس، وابن عمر، والزهري، وربيعة، ومالك، والأوزاعي: لا مهر لها؛ لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس، فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق.

وقال أبو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمية. وعن أحمد رواية أخرى، لا يكمل، ويتنصف وللشافعي قولان، كالروايتين. ولنا: ما روي «أن عبد الله بن مسعود – رضي الله عنه –. قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقا، ولم يدخل بها حتى مات، فقال: لها صداق نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث. فقام معقل بن سنان الأشجعي، فقال: قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في بروع ابنة واشق مثل ما قضيت.» قال الترمذي: هذا حديث صحيح.

وهو نص في محل النزاع، ولأن الموت معنى يكمل به المسمى، فكمل به مهر المثل للمفوضة، كالدخول. و قياس الموت على الطلاق غير صحيح فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه، ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول، ولم تجب." (١)

"بخلاف المسألتين اللتين صحت التسمية فيهما، فإن خلو المرأة من ضرة تغيرها، وتقاسمها، وتضيق عليها، من أكبر أغراضها، وكذلك إقرارها في دارها بين أهلها وفي وطنها، فلذلك خففت صداقها لتحصيل

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٤٦

غرضها، وثقلته عند فواته. فعلى هذا يمتنع قياس إحدى الصورتين على الأخرى، ولا يكون في كل مسألة إلا رواية واحدة، وهي الصحة في المسألتين الآخرتين، والبطلان في المسألة الأولى، وما جاء من المسائل ألحق بأشبههما به.

[فصل تزوجها على طلاق امرأة له أخرى]

(٥٦٤٣) فصل: وإن تزوجها على طلاق امرأة له أخرى، لم تصح التسمية، ولها مهر مثلها. وهذا اختيار أبي بكر، وقول أكثر الفقهاء؛ لأن هذا ليس بمال. وإنما قال الله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفئ ما في صحفتها، ولتنكح، فإنما لها ما قدر لها.» صحيح.

وروى عبد الله بن عمرو، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى.» ولأن هذا لا يصلح ثمنا في بيع، ولا أجرا في إجارة، فلم يصح صداقا، كالمنافع المحرمة، فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصدقها خمرا ونحوه، يكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المتعة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة.

وعن أحمد، رواية أخرى، أن التسمية صحيحة؛ لأنه شرط فعلا لها فيه نفع وفائدة، لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها، وضررها، والغيرة منها، فصح صداقا، كعتق أبيها، وخياطة قميصها، ولهذا صح بذل العوض في طلاقها بالخلع. فعلى هذا إن لم يطلق ضرتها، فلها مثل صداق الضرة؛ لأنه سمى لها صداقا لم يصل إليه، فكان لها قيمته، كما لو أصدقها عبدا، فخرج حرا، ويحتمل أن لها مهر مثلها؛ لأن الطلاق لا قيمة له.

وإن جعل صداقها أن طلاق ضرتها إليها إلى سنة، فلم تطلقها، فقال أحمد إذا تزوج امرأة، وجعل طلاق الأولى مهر الأخرى إلى سنة أو إلى وقت، فجاء الوقت ولم تقض شيئا، رجع الأمر إليه. فقد أسقط أحمد حقها؛ لأنه جعله لها إلى وقت، فإذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئا، بطل تصرفها كالوكيل، وهل يسقط حقها من المهر؟ فيه وجهان، ذكرهما أبو بكر؛ أحدهما، يسقط؛ لأنها تركت ما شرط لها باختيارها، فسقط حقها، كما لو تزوجها على عبد فأعتقته.." [١]

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٦٥

"[فصل الحق في القسم للأمة دون سيدها]

(٥٧٢٣) فصل: والحق في القسم للأمة دون سيدها، فلها أن تهب ليلتها لزوجها، ولبعض ضرائرها، كالحرة، وليس لسيدها الاعتراض عليها، ولا أن يهبه دونها؛ لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها، فملكت إسقاطه. وذكر القاضي، أن قياس قول أحمد إنه يستأذن سيد الأمة في العزل عنها. أن لا تجوز هبتها لحقها من القسم إلا بإذنه. ولا يصح هذا؛ لأن الوطء لا يتناوله القسم، فلم يكن للولي فيه حق، ولأن المطالبة بالفيئة للأمة دون سيدها، وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها، فلا وجه لإثبات الحق له هاهنا.

[فصل لا قسم على الرجل في ملك يمينه]

(٥٧٢٤) فصل: ولا قسم على الرجل في ملك يمينه، فمن كان له نساء وإماء، فله الدخول على الإماء كيف شاء، والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء، وإن شاء أقل، وإن شاء أكثر، وإن شاء ساوى بين الإماء، وإن شاء فضل، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض؛ بدليل قول الله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣] وقد «كان للنبي - صلى الله عليه وسلم - مارية القبطية، وريحانة، فلم يكن يقسم لهما.» ولأن الأمة لا حق لها في الاستمتاع، ولذلك لا يثبت، لها الخيار بكون السيد مجبوبا أو عنينا، ولا تضرب لها مدة الإيلاء، لكن إن احتاجت إلى النكاح، فعليه إعفافها، إما بوطئها، أو تزويجها، أو بيعها.

[فصل يقسم بين نسائه ليلة ليلة]

(٥٧٢٥) فصل ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فإن أحب الزيادة على ذلك لم يجز إلا برضاهن. وقال القاضي: له أن يقسم ليلتين ليلتين، وثلاثا ثلاثا. ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن. والأولى مع هذا ليلة وليلة؛ لأنه أقرب لعهدهن به، وتجوز الثلاث لأنها في حد القلة، فهي كالليلة، وهذا مذهب الشافعي ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما قسم ليلة وليلة، ولأن التسوية واجبة، وإنما جوز بالبداية بواحدة، لتعذر الجمع، فإذا بات عند واحدة ليلة، تعينت الليلة الثانية حقا للأخرى، فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها، ولأنه تأخير لحقوق بعضهن، فلم يجز بغير رضاهن، كالزيادة على الثلاث، ولأنه إذا كان له أربع نسوة، فجعل لكل واحدة ثلاثا، حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال، وذلك كثير، فلم يجز، كما لو كان له امرأتان،

فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعا، ولأن للتأخير آفات، فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضى المستحق،." (١)

"على المسافرة بمدة سفرها، كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد. وهذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط.

[مسألة إذا أعرس عند بكر أقام عندها سبعا]

(٥٧٣٥) مسألة؛ قال: (وإذا أعرس عند بكر، أقام عندها سبعا، ثم دار، ولا يحتسب عليها بما أقام عندها، وإن كانت ثيبا، أقام عندها ثلاثا ثم دار، ولا يحتسب عليها أيضا بما أقام عندها) متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة، قطع الدور، وأقام عندها سبعا إن كانت بكرا، ولا يقضيها للباقيات، وإن كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا، ولا يقضيها، إلا أن تشاء هي أن يقيم عندها سبعا، فإنه يقيمها عندها، ويقضي الجميع للباقيات. روي ذلك عن أنس وبه قال الشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد، وابن المنذر وروي عن سعيد بن المسيب والحسن وخلاس بن عمرو، ونافع مولى ابن عمر: للبكر ثلاث وللثيب ليلتان. ونحوه قال الأوزاعي وقال الحكم وحماد وأصحاب الرأي: لا فضل للجديدة في القسم، فإن أقام عندها شيئا قضاه للباقيات؛ لأنه فضلها بمدة، فوجب قضاؤها، كما لو أقام عند الثيب سبعا.

ولنا، ما روى أبو قلابة، عن أنس، قال: من السنة إذا تزوج البكر على الثيب، أقام عندها سبعا وقسم، وإذا تزوج الثيب، أقام عندها ثلاثا، ثم قسم. قال أبو قلابة: لو شئت لقلت: أن أنسا رفعه إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -. متفق عليه. وعن أم سلمة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما تزوج أم سلمة، أقام عندها ثلاثا، وقال: ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعت لك، وإن سبعت لك سبعت لنسائي» . رواه مسلم. وفي لفظ: «وإن شئت ثلثت ثم درت» . وفي لفظ: «وإن شئت زدتك، ثم حاسبتك به، للبكر سبع، وللثيب ثلاث» ، وفي لفظ رواه الدارقطني: «إن شئت أقمت عندك ثلاثا خالصة لك، وإن شئت سبعت لك، ثم سبعت لنسائي.»

وهذا يمنع قياسهم. ويقدم عليه. قال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه، وليس مع من خالفنا حديث مرفوع، والحجة مع من أدلى بالسنة

(٥٧٣٦) فصل: والأمة والحرة في هذا سواء. ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه:

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣١٠

أحدهما: كقولنا. والثاني: الأمة على النصب من الحرة، كسائر القسم.
والثالث: للبكر من الإماء أربع، وللثيب ليلتان، تكميلا لبعض الليلة.." (١)

"وجملة ذلك أن الخلع بالمجهول جائز، وله ما جعل له. وهذا قول أصحاب الرأي. وقال أبو بكر: لا يصح الخلع، ولا شيء له؛ لأنه معاوضة، فلا يصح بالمجهول، كالبيع. وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي يصح الخلع، وله مهر مثلها؛ لأنه معاوضة بالبضع، فإذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل، كالنكاح. ولنا، أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط، فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع، ليس فيه تمليك شيء، والإسقاط تدخله المسامحة، ولذلك جاز من غير عوض، بخلاف النكاح.

وإذا صح الخلع، فلا يجب مهر المثل؛ لأنها لم تبذله، ولا فوتت عليه ما يوجبه، فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها، أو رضاعها لمن ينفسخ به نكاحها، لم يجب عليها شيء، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي، لم يجب للزوج عوض عن بضعها، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة، لوجب المهر لها دون الزوج، ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء، وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة، وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله، فأما إيجاب شيء لم ترض به فلا وجه له.

فعلى هذا، إن خالعها على ما في يدها من الدراهم، صح، فإن كان في يدها دراهم فهي له، وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة. نص عليه أحمد لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة، لفظها دل على ذلك، فاستحقه كما لو وصى له بدراهم. وإن كان في يدها أقل من ثلاثة، احتمل أن لا يكون له غيره؛ لأنه من الدراهم، وهو في يدها. واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة؛ لأن اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن في يدها شيء، فكذلك إذا كان في يدها.

[فصل الخلع على مجهول]

(٥٧٦٥) فصل: والخلع على مجهول ينقسم أقساما؛: أحدها، أن يخالعها على عدد مجهول من شيء غير مختلف، كالدنانير والدراهم، كالتي يخالعها على ما في يدها من الدراهم، فهي هذه التي ذكر الخرقي حكمها. والثاني، أن يكون ذلك من شيء مختلف لا يعظم اختلافه، مثل أن يخالعها على عبد مطلق أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٦/٧

عبيد، أو يقول: إن أعطيتني عبدا فأنت طالق. فإنها تطلق بأي عبد أعطته إياه، ويملكه بذلك، ولا يكون له غيره. وكذلك إن خالعته عليه، فليس له إلا ما يقع عليه اسم العبد. وإن خالعته على عبيد فله ثلاثة. هذا ظاهر كلام أحمد و قياس قوله وقول الخرقي في المسألة التي قبلها. وقد قال أحمد فيما إذا قال: إذا أعطيتني عبدا." [١]

"فأنت طالق. فأعطته عبدا: فهي طالق.

والظاهر من كلامه ما قلناه. وقال القاضي: له عليها عبد وسط. وتأول كلام أحمد على أنها أعطته عبدا وسطا، والظاهر خلافه. ولنا، أنها خالعته على مسمى مجهول، فكان له أقل ما يقع عليه الاسم، كما لو خالعها على ما في يدها من الدراهم، ولأنه إذا قال: إن أعطيتني عبدا فأنت طالق. فأعطته عبدا، فقد وجد شرطه، فيجب أن يقع الطلاق، كما لو قال: إن رأيت عبدا فأنت طالق. ولا يلزمها أكثر منه؛ لأنها لم تلتزم له شيئا فلا يلزمها شيء، كما لو طلقها بغير خلع. الثالث، أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة فيه، مثل أن يخالعها على دابة، أو بعير، أو بقرة، أو ثوب، أو يقول: إن أعطيتني ذلك فأنت طالق.

فالواجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك، ويقع الطلاق بها إذا أعطته إياه، فيما إذا علق طلاقها على عطيته إياه، ولا يلزمها غير ذلك، في قياس ما قبلها. وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء: ترد عليه ما أخذت من صداقها؛ لأنها فوتت البضع، ولم يحصل له العوض؛ لجهالته، فوجب عليها قيمة ما فوتت، وهو المهر. ولنا، ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل، فلم يلزمها، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ولأن المسمى قد استوفي بدله بالوطء، فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه، والأشبه بمذهب أحمد، أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به.

ومن هذا القسم، لو خالعها على ما في بيتها من المتاع، فإن كان فيه متاع، فهو له، قليلا كان أو كثيرا، معلوما أو مجهولا، وإن لم يكن فيه متاع، فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع. وعلى قول القاضي، عليها المسمى في الصداق. وهو قول أصحاب الرأي. والوجه للقولين ما تقدم. الرابع، أن يخالعها على حمل أمتها، أو غنمها، أو غيرهما من الحيوان، أو قال: على ما في بطونها أو ضروعها، فيصح الخلع.

وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح الخلع على ما في بطنه ا، ولا يصح على حملها. ولنا أن حملها هو ما في بطنها، فصح الخلع عليه، كما لو قال: على ما في بطنها. إذا ثبت هذا، فإنه إن خرج الولد سليما، أو كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له، وإن لم يخرج شيء، فقال القاضي: لا شيء له. وهو قول مالك

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٣٣

وأصحاب الرأي، وقال ابن عقيل: لها مهر المثل، وقال أبو الخطاب: له المسمى. وإن خالعها على ما يثمر نخلها، أو تحمل أمتها، صح.

قال أحمد: إذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين، فجائز، فإن لم يحمل نخلها، ترضيه." (١)

"(٥٧٧٥) فصل: وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه، فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض، وقع الطلاق، سواء قبضه منها أو لم يقبضه؛ لأن العطية وجدت، فإنه يقال: أعطته فلم يأخذ. ولأنه علق اليمين على فعل من جهتها، والذي من جهتها في العطية البذل على وجه يمكنه قبضه، فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها، أو قالت: يضمنه لك زيد، أو اجعله قصاصا مما لي عليك. أو أعطته به رهنا، أو أحالته به لم يقع الطلاق؛ لأن العطية ما وجدت، ولا يقع الطلاق بدون شرطه. وكذلك كل موضع تعذرت العطية فيه، لا يقع الطلاق، سواء كان التعذر من جهته، أو من جهتها، أو من جهة غيرهما؛ لانتفاء الشرط.

ولو قالت: طلقني بألف. فطلقها، استحق الألف. وبانت وإن لم يقبض. نص عليه أحمد. قال أحمد: ولو قالت: لا أعطيك شيئا. يأخذها بالألف. يعني ويقع الطلاق؛ لأن هذا ليس بتعليق على شرط، بخلاف الأول.

[فصل تعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك]

(٥٧٧٦) فصل: وتعليق الطلاق على شرط العطية، أو الضمان، أو التمليك، لازم من جهة الزوج لزوما لا سبيل إلى دفعه؛ فإن الغالب فيها حكم التعليق المحض؛ بدليل صحة تعليقه على الشروط. ويقع الطلاق بوجود الشرط، سواء كانت العطية على الفور أو التراخي. وقال الشافعي: إن قال: متى أعطيتني، أو متى ما أعطيتني، أو أي حين أو أي زمان أعطيتني ألفا فأنت طالق. فذلك على التراخي. وإن قال: إن أعطيتني، أو إذا أعطيتني ألفا فأنت طالق. فذلك على الفور. فإن أعطته جوابا لكلامه، وقع الطلاق، وإن تأخر العطاء لم يقع الطلاق؛ لأن قبول المعاوضات على الفور، فإذا لم يوجد منه تصريح بخلافه، وجب حمل ذلك على المعاوضات، بخلاف متى وأي، فإن فيهما تصريحا بالتراخي، ونصا فيه. وإن صارا معاوضة، فإن تعليقه بالصفة جائز، أما إن وإذا، فإنهما يحتملان الفور والتراخي، فإذا تعلق بهما العوض، حملا على الفور.

ولنا، أنه علق الطلاق بشرط الإعطاء، فكان على التراخي، كسائر التعليق. أو نقول: علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخي، فكان على التراخي، كما لو خلا عن العوض، والدليل على أن مقتضاه التراخي، أنه يقتضي

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٣٤

التراخي إذا خلا عن العوض، ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه، وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات؛ بدليل جواز تعليقها على الشروط، ويكون على التراخي فيما إذا علقها بمتى أو بأي، فكذلك في مسألتنا، ولا يصح قياس." [1]

"ما نحن فيه على غيره من المعاوضات؛ لما ذكرنا من الفرق، ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبده: إن أعطيتني ألفا فأنت حر. فإنه كمسألتنا، وهو على التراخي، على أننا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق.

[فصل قال لامرأته أنت طالق بألف إن شئت]

(٥٧٧٧) فصل: إذا قال لامرأته: أنت طالق بألف إن شئت لم تطلق حتى تشاء، فإذا شاءت وقع الطلاق بائنا، ويستحق الألف سواء سألته الطلاق فقالت: طلقني بألف. فأجابها، أو قال ذلك لها ابتداء؛ لأنه علق طلاقها على شرط، فلم يوجد قبل وجوده. وتعتبر مشيئتها بالقول، فإنها وإن كان محلها القلب، فلا يعرف ما في القلب إلا بالنطق، فيعلق الحكم به، ويكون ذلك على التراخي، فمتى شاءت طلقت. نص عليه أحمد. ومذهب الشافعي كذلك، إلا في أنه على الفور عنده. ولو أنه قال لامرأته: أمرك بيدك إن ضمنت لي ألفا.

فقياس قول أحمد أنه على التراخي؛ لأنه نص على أن أمرك بيدك، على التراخي، ونص على أنه إذا قال لها: أنت طالق إن شئت. أن لها المشيئة بعد مجلسها. ومذهب الشافعي أنه على الفور؛ لما تقدم. ولنا، أنه لو قال لعبده: إن ضمنت لي ألفا فأنت حر كان على التراخي. ولو قال له: أنت حر على ألف إن شئت. كان على التراخي. والطلاق نظير العتق. فعلى هذا، متى ضمنت له ألفا، كان أمرها بيدها، وله الرجوع فيما جعل إليها؛ لأن أمرك بيدك توكيل منه لها، فله الرجوع فيه، كما يرجع في الوكالة.

وكذلك لو قال لزوجته: طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفا. فمتى ضمنت له ألفا، وطلقت نفسها، وقع، ما لم يرجع. وإن ضمنت الألف ولم تطلق، أو طلقت ولم تضمن، لم يقع الطلاق.

[مسألة خالعها على عبد فخرج حرا]

(٥٧٧٨) مسألة؛ قال: (وإذا خالعها على عبد، فخرج حرا أو استحق، فله عليها قيمته) وجملة ذلك أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٤١

الرجل إذا خالع امرأته على عوض يظنه مالا، فبان غير مال، مثل أن يخالعها على عبد تعينه فيبين حرا، أو مغصوبا، أو على خل فيبين خمرا، فإن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم؛ لأن الخلع معاوضة بالبضع، فلا يفسد بفساد العوض، كالنكاح، ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبدا وبهذا قال أبو ثور، وصاحبا أبي حنيفة. وإن خالعها على هذا الدن الخل، فبان خمرا، رجع عليها بمثله خلا؛ لأن الخل من ذوات الأمثال، وقد دخل على أن هذا المعين خل، فكان له مثله، كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه، وقد قيل: يرجع بقيمة مثله خلا؛ لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال.

والصحيح الأول؛." (١)

"التي قبلها. وقال أبو حنيفة: لا يستحق شيئا، وإن طلقها ثلاثا؛ لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض. ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض، فأشبه ما لو قالت: رد عبدي ولك ألف. فرده. وقوله: لم يعلق الطلاق بالعوض. غير مسلم؛ فإن معنى الكلام، ولك ألف عوضا عن طلاقي. فإن قرينة الحال دالة عليه.

وإن قالت: طلقني وضرتي بألف، أو على ألف علينا. فطلقها وحدها، طلقت، وعليها قسطها من الألف؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين، وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان، فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحا موجبا للعوض دون الآخر. وإن كان العوض منها وحدها، فلا شيء له، في قياس المذهب؛ لأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض، وكذلك لو اشترى منه عبدين بثمن واحد، كان عقدا واحدا، بخلاف ما إذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين، فإنه يكون عقدين.

[فصل قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثا]

(٧٨٣٥) فصل: وإن قالت: طلقني ثلاثا بألف. ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثا، بانت بثلاث. قال أصحابنا: ويستحق الألف، علمت أو لم تعلم. وهو منصوص الشافعي. وقال المزني: لا يستحق إلا ثلث الألف لأنه إنما طلقها ثلث ما طلبت منه، فلا يستحق إلا ثلث الألف، كما لو كان طلاقها ثلاثا. وقال ابن سريج: إن علمت أنه لم يبق من طلاقها إلا طلقة، استحق الألف، وإن لم تعلم، كقول المزني؛ لأنها إن كانت عالمة، كان معنى كلامها كمل لي الثلاث، وقد فعل ذلك. ووجه قول أصحابنا، أن هذه الواحدة كملت الثلاث، وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينونة، وتحريم العقد، فوجب بها العوض، كما لو طلقها ثلاثا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٢/٧

[فصل لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبين بها]

(٥٧٨٤) فصل: فإن لم يبق من طلاقها إلا واحدة، فقالت: طلقني بألف واحدة أبين بها، واثنتين في نكاح آخر. فقال أبو بكر: قياس قول أحمد، أنه إذا طلقها واحدة، استحق العوض، فإن تزوج بها بعد ذلك، ولم يطلقها، رجعت عليه بالعوض؛ لأنها بذلت العوض في مقابلة ثلاث، فإذا لم يوقع الثلاث، لم يستحق العوض، كما لو كانت ذات طلقات ثلاث، فقالت: طلقني ثلاثا. فلم يطلقها إلا واحدة، ومقتضى هذا، أنه إذا لم ينكحها نكاحا آخر، أنها ترجع عليه بالعوض، وإنما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما. وإن نكحها نكاحا آخر وطلقها اثنتين، لم ترجع عليه بشيء، وإن لم يطلقها إلا واحدة، رجعت عليه بالعوض كله.

وقال القاضي: الصحيح في المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخرتين؛ لأنه سلف في طلاق، ولا يصح السلم في الطلاق،." [١]

"ولأنه معاوضة على الطلاق قبل النكاح، والطلاق قبل النكاح لا يصح، فالمعاوضة عليه أولى، فإذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة، فإن قلنا: تفرق. فله ثلث الألف، وإن قلنا: لا تفرق. فسد العوض في الجميع، ويرجع بالمسمى في عقد النكاح.

[فصل قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا]

(٥٧٨٥) فصل: وإن قالت: طلقني واحدة بألف. فطلقها ثلاثا. استحق الألف. وقال محمد بن الحسن: قياس قول أبي حنيفة إنه لا يستحق شيئا؛ لأن الثلاث مخالفة للواحدة، لأن تحريمها لا يرتفع إلا بزوج وإصابة، وقد لا تريد ذلك، ولا تبذل العوض فيه، فلم يكن ذلك إيقاعا لما استدعته، بل هو إيقاع مبتدأ، فلم يستحق به عوضا. ولنا، أنه أوقع ما استدعته وزيادة؛ لأن الثلاث واحدة واثنتان. وكذلك لو قال: طلقي نفسك ثلاثا. فطلقت نفسها واحدة، وقع، فيستحق العوض بالواحدة، وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئا.

فإن قال لها: أنت طالق بألف، وطالق، وطالق. وقعت الأولى بائنة، ولم تقع الثانية، ولا الثالثة؛ لأنهما جاءا بعد بينونتها. وهذا مذهب الشافعي. وإن قال لها: أنت طالق وطالق وطالق بألف. وقع الثلاث. وإن قال: أنت طالق وطالق وطالق. ولم يقل بألف. قيل له أيتهن أوقعت بالألف؟ فإن قال: الأولى. بانت بها، ولم

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٤٥

يقع ما بعدها. وإن قال: الثانية. بانت بها، ووقعت بها طلقتان، ولم تقع الثالثة. وإن قال: الثالثة. وقع الكل. وإن قال: نويت أن الألف في مقابلة الكل. بانت بالأولى وحدها. ولم يقع بها ما بعدها؛ لأن الأولى حصل في مقابلتها عوض، وهو قسطها من الألف، فبانت بها، وله ثلث الألف؛ لأنه رضي بأن يوقعها بذلك، مثل أن تقول: طلقني بألف. فيقول: أنت طالق بخمسمائة. هكذا ذكره القاضي. وهو مذهب الشافعي.
ويحتمل أن يستحق الألف؛ لأنه أتى بما بذلت العوض فيه بنية العوض، فلم يسقط بعضه بنيته، كما لو قالت: رد ءبدي بألف فرده ينوي خمسمائة. وإن لم ينو شيئا، استحق الألف بالأولى، ولم يقع بها ما بعدها. ويحتمل أن تقع الثلاث؛ لأن الواو للجمع، ولا تقتضي ترتيبا، فهو كقوله: أنت طالق ثلاثا بألف. وكذلك لو قال ذلك لغير مدخول بها، أو قال: أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثا.." (١)

"[فصل قالت طلقني بألف أو على أن لك ألفا أو إن طلقتني فلك على ألف فقال أنت طالق]

(٥٧٨٦) فصل: وإذا قالت: طلقني بألف، أو على أن لك ألفا، أو إن طلقتني فلك علي ألف. فقال: أنت طالق. استحق الألف، وإن لم يذكره؛ لأن قوله جواب لما استدعته منه، والسؤال معاد في الجواب، فأشبه ما لو قالت: بعني عبدك بألف. فقال: بعتكه. وإن قالت: اخلعني بألف. فقال: أنت طالق. فإن قلنا: الخلع طلقة بائنة. وقع، واستحق العوض؛ لأنه أجابها إلى ما بذلت العوض فيه. وإن قلنا: هو فسخ. احتمل أن يستحق العوض أيضا؛ لأن الطلاق يتضمن ما طلبته، وهو بينونتها، وفيه زيادة نقصان العدد، فأشبه ما لو قالت: طلقني واحدة بألف. فطلقها ثلاثا. احتمل أن لا يستحق شيئا؛ لأنها استدعت منه فسخا، فلم يجبها إليه، وأوقع طلاقا ما طلبته، ولا بذلت فيه عوضا.
فعلى هذا، يحتمل أن يقع الطلاق رجعيا؛ لأنه أوقعه مبتدئا به، غير مبذول فيه عوض، فأشبه ما لو طلقها ابتداء، ويحتمل أن لا يقع؛ لأنه أوقعه بعوض، فإذا لم يحصل العوض لم يقع؛ لأنه كالشرط فيه، فأشبه ما لو قال: إن أعطيتني ألفا فأنت طالق. وإن قالت: طلقني بألف. فقال: خلعتك. فإن قلنا: هو طلاق. استحق الألف؛ لأنه طلقها، وإن نوى به الطلاق، فكذلك؛ لأنه كناية فيه، وإن لم ينو الطلاق، وقلنا: ليس بطلاق. لم يستحق عوضا لأنه ما أجابها إلى ما بذلت العوض فيه، ولا يتضمنه؛ لأنها سألته طلاقا ينقص به عدد طلاقه، فلم يجبها إليه، وإذا لم يجب العوض لم يصح الخلع؛ لأنه إنما خالعها معتقدا لحصول العوض فإذا لم يحصل لم يصح. ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض، وفيه من الخلاف ما فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٦/٧

[فصل قالت له طلقني عشرا بألف فطلقها واحدة أو اثنتين]

(٥٧٨٧) فصل: ولو قالت له: طلقني عشرا بألف. فطلقها واحدة أو اثنتين، فلا شيء له؛ لأنه لم يجبها إلى ما سألت، فلم يستحق عليها ما بذلت. وإن طلقها ثلاثا، استحق الألف، على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت: طلقني ثلاثا بألف. ولم يبق. من طلاقها إلا واحدة، فطلقها واحدة، استحق الألف؛ لأنه قد حصل بذلك جميع المقصود.

[فصل لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق طلقتين]

(٥٧٨٨) فصل: ولو: لم يبق من طلاقها إلا واحدة؛ فقالت: طلقني ثلاثا بألف. فقال: أنت طالق طلقتين، الأولى بألف، والثانية بغير شيء. وقعت الأولى، واستحق الألف، ولم تقع الثانية. وإن قال: الأولى بغير شيء. وقعت وحدها، ولم يستحق شيئا؛ لأنه لم يجعل لها عوضا، وكملت الثلاث. وإن قال: إحداهما بألف. لزمها الألف؛ لأنها طلبت منه طلقة بألف، فأجابها إليها، وزادها أخرى.." [1]

"[فصل قالت طلقني بألف إلى شهر أو أعطته ألفا على أن يطلقها إلى شهر]

(٥٧٨٩) فصل: وإن قالت: طلقني بألف إلى شهر. أو أعطته ألفا على أن يطلقها إلى شهر، فقال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق. صح ذلك، واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا؛ لأنه بعوض. وإن طلقها قبل مجيء الشهر، طلقت ولا شيء له. ذكره أبو بكر، وقال: روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد. وذلك لأنه إذا طلقها قبل رأس الشهر، فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض. وقال الشافعي: إذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها إلى شهر، فطلقها بألف، بانت، وعليها مهر المثل؛ لأن هذا سلف في طلاق، فلم يصح، لأن الطلاق لا يثبت في الذمة، ولأنه عقد تعلق بعين، فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه.

ولنا، أنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها، فإذا طلقها استحقه، كما لو لم يقل: إلى شهر، ولأنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها، فلم يستحق أكثر منه، كالأصل. وإن قالت: لك ألف على أن تطلقني أي وقت شئت، من الآن إلى شهر. صح في قياس المسألة التي قبلها. وقال القاضي: لا يصح؛ لأن زمن الطلاق مجهول فإذا طلقها فله مهر المثل. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه طلقها على عوض لم يصح، لفساده. ولنا، ما تقدم في التي قبلها، ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق؛ لأنه مما يصح تعليقه على

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٤٧

الشرط، فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة، ولأنه لو قال: متى أعطيتني ألفا فأنت طالق. صح، وزمنه مجهول أكثر من الجهالة ها هنا، فإن الجهالة ها هنا في شهر واحد، وثم في العمر كله. وقول القاضي: له مهر المثل. مخالف ل قياس المذهب؛ فإنه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض، أن له المسمى. فكذلك يجب أن يكون ها هنا إن حكمنا بفساده. والله أعلم.

[فصل قال لها أنت طالق وعليك ألف]

(٥٧٩٠) فصل: إذا قال لها: أنت طالق وعليك ألف. وقعت طلقة رجعية؛ ولا شيء عليها؛ لأنه لم يجعل له العوض في مقابلتها، ولا شرطا فيها، وإنما عطف ذلك على طلاقها، فأشبه ما لو قال: أنت طالق، وعليك الحج فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضا، لم يكن له عوض؛ لأنه لم يقابله شيء، وكان ذلك هبة مبتدأة، يعتبر فيه شرائط الهبة. وإن قالت المرأة: ضمنت لك ألفا. لم يصح؛ لأن الضمان إنما يكون عن غير الضامن لحق واجب، أو مآله إلى الوجوب، وليس ها هنا شيء من ذلك. وذكر القاضي أنه يصح؛ لأن ضمان ما لم يجب يصح، ولم أعرف لذلك وجها، إلا أن يكون أراد أنها إذا قالت قبل طلاقها: ضمنت لك ألفا، على أن تطلقني. فقال: أنت طالق، وعليك ألف. فإنه يستحق الألف. وكذلك إذا قالت: طلقني طلقة بألف. فقال: أنت طالق، وعليك ألف. وقع الطلاق، وعليها ألف؛ لأن قوله: أنت طالق. يكفي في صحة الخلع، واستحقاق العوض، وما وصل به تأكيد.

فإن اختلفا." (١)

"فقال: أنت استدعيت مني الطلاق بالألف. فأنكرته، فالقول قولها؛ لأن الأصل عدمه، فإذا حلفت برئت من العوض وبانت؛ لأن قوله مقبول في بينونتها لأنها حقه، غير مقبول في العوض لأنه عليها. وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة. وإن قال: ما استدعيت مني الطلاق، وإنما أنا ابتدأت به، فلي عليك الرجعة. وادعت أن ذلك كان جوابا لاستدعائها، فالقول قول الزوج؛ لأن الأصل معه، ولا يلزمها الألف؛ لأنه لا يدعيه. وإن قال أنت طالق على الألف. فالمنصوص عن أحمد أن الطلاق يقع رجعيا كقوله: أنت طالق، وعليك ألف. فإنه قال في رواية مهنا، في الرجل يقول لامرأته أنت طالق على ألف درهم فلم تقل هي شيئا: فهي طالق يملك الرجعة ثانيا.

وقال القاضي، في " المجرد ": ذلك للشرط، تقديره إن ضمنت لي ألفا فأنت طالق فإن ضمنت له ألفا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٤٨

وقع الطلاق بائنا، وإلا لم يقع. وكذلك الحكم إذا قال: أنت طالق على أن عليك. ف قياس قول أحمد، الطلاق يقع رجعيا، ولا شيء له. وعلى قول القاضي إن قبلت ذلك لزمها الألف، وكان خلعا وإلا لم يقع الطلاق. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي. وهو أيضا ظاهر كلام الخرقي، لأنه استعمل على بمعنى الشرط في مواضع من كتابه، منها قوله: وإذا أنكحها على أن لا يتزوج عليها، فلها فراقه إن تزوج عليها. وذلك أن على تستعمل بمعنى الشرط؛ بدليل قول الله تعالى في قصة شعيب: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص: ٢٧] . وقال ﴿فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا﴾ [الكهف: ٩٤] وقال موسى ﴿هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشدا﴾ [الكهف: ٦٦] ولو قال في النكاح: زوجتك ابنتي على صداق كذا. صح، وإذا أوقعه بعوض لم يقع بدونه، وجرى مجرى قوله: أنت طالق، إن أعطيتني ألفا، أو ضمنت لي ألفا. ووجه الأول، أنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط، وجعل عليها عوضا لم تبذله، فوقع رجعيا من غير عوض، كما لو قال: أنت طالق، وعليك ألف. ولأن على ليست للشرط، ولا للمعاوضة، ولذلك لا يصح أن يقول: بعتك ثوبي على دينار.

[فصل قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة منها بألف]

(٥٧٩١) فصل: وإذا قال: أنت طالق ثلاثا بألف. فقالت: قبلت واحدة منها بألف. وقع الثلاث، واستحق الألف؛ لأن إيقاع الطلاق إليه إنما علقه بعوض يجري مجرى الشرط من جهتها، وقد وجد الشرط، فيقع الطلاق. وإن." [١]

"قالت: قبلت بألفين وقع، ولم يلزمها الألف الزائدة؛ لأن القبول لما أوجبه دون ما لم يوجبه. وإن قالت: قبلت بخمسمائة. لم يقع لأن الشرط لم يوجد. وإن قالت: قبلت واحدة من الثلاث بثلث الألف لم يقع؛ لأنه لم يرض بانقطاع رجعته عنها إلا بألف. وإن قال: أنت طالق طلقتين، إحداهما بألف. وقعت بها واحدة؛ لأنها بغير عوض، ووقعت الأخرى على قبولها؛ لأنها بعوض.

[مسألة خالعته الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم]

(٥٧٩٢) مسألة؛ قال: (وإذا خالعته الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان الخلع واقعا، ويتبعها إذا عتقت بمثله، إن كان له مثل، وإلا فقيمته) في هذه المسألة ثلاثة فصول: (٥٧٩٣) الفصل الأول: أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٤٩

الخلع مع الأمة صحيح، سواء كان بإذن سيدها، أو بغير إذنه؛ لأن الخلع يصح مع الأجنبي فمع الزوجة أولى، يكون طلاقها على عوض بائنا، والخلع معها كالخلع مع الحرة سواء. (٥٧٩٤) الفصل الثاني: أن الخلع إذا كان بغير إذن سيدها على شيء في ذمتها، فإنه يتبعها إذا عتقت؛ لأنه رضي بذمتها، ولو كان على عين، فالذي ذكر الخرقي، أنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثليا؛ لأنها لا تملك العين، وما في يدها من شيء فهو لسيدها، فيلزمها بذله، كما لو خالعها على عبد فخرج حرا أو مستحقا.

و قياس المذهب أنه لا شيء له؛ لأنه إذا خالعها على عين، وهو يعلم أنها أمة، فقد علم أنها لا تملك العين، فيكون راضيا بغير عوض، فلا يكون له شيء، كما لو قال: خالعتك على هذا المغصوب، أو هذا الحر. وكذلك ذكر القاضي في " المجرد " قال: هو كالخلع على المغصوب؛ لأنها لا تملكها. وهذا قول مالك. وقال الشافعي: يرجع عليها بمهر المثل، كقوله في الخلع على الحر والمغصوب. ويمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في هذا الخلع بهذه، العين ولم تكن صادقة، أو جهل أنها لا تملك العين، أو يكون اختاره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته، ويكون الرجوع عليها في حال عتقها؛ لأنه الوقت الذي تملك فيه، فهي كالمعسر، يرجع عليه في حال يساره، ويرجع بقيمته أو مثله، لأنه مستحق تعذر تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق، فوجب الرجوع بمثله أو قيمته، كالمغصوب.." [١]

"(٥٧٩٥) الفصل الثالث: إذا كان الخلع بإذن السيد، تعلق العوض بذمته. هذا قياس المذهب، كما لو أذن لعبده في الاستدانة. ويحتمل أن يتعلق برقبة الأمة. وإن خالعت على معين بإذن السيد فيه، ملكه. وإن أذن في قدر المال، فخالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها. وإن أطلق الإذن، اقتضى الخلع بالمسمى لها، فإن خالعت به أو بما دونه، لزم السيد، وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها، كما لو عين لها قدرا فخالعت بأكثر منه. وإن كانت مأذونا لها في التجارة، سلمت العوض مما في يدها.

(٥٧٩٦) فصل: والحكم في المكاتبة كالحكم في الأمة القن سواء؛ لأنها لا تملك التصرف فيما في يدها بتبرع، وما لاحظ فيه، وبذل المال في الخلع لا فائدة فيه من حيث تحصيل المال، بل فيه ضرر بسقوط نفقتها، وبعض مهرها إن كانت غير مدخول بها. وإذا كان الخلع بغير إذن السيد، فالعوض في ذمتها، يتبعها به بعد العتق، وإن كان بإذن السيد، سلمه مما في يدها، وإن لم يكن في يدها شيء، فهو على سيدها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٥٠

[فصل خلع المحجور عليها لفلس]

(٥٧٩٧) فصل: يصح خلع المحجور عليها لفلس، وبذلها للعوض صحيح؛ لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها، ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت وفك الحجر عنها، وليس له مطالبتها في حال حجرها، كما لو استدانت منه، أو باعها شيئا في ذمتها. (٥٧٩٨) فصل: فأما المحجور عليها لسفه، أو صغر، أو جنون، فلا يصح بذل العوض منها في الخلع؛ لأنه تصرف في المال، وليس هي من أهله، وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن؛ لأنه ليس له الإذن في التبرعات، وهذا كالتبرع. وفارق الأمة، فإنها أهل التصرف. ولهذا تصح منها الهبة وغيرها من التصرفات بإذنه، ويفارق المفلسة؛ لأنها من أهل التصرف. فإن خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقا، فهو طلاق رجعي، ولا يستحق عوضا، وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق، كان كالخلع بغير عوض.

ويحتمل أن لا يقع الخلع ها هنا؛ لأنه إنما رضي به بعوض، لم يحصل له، ولا أمكن الرجوع ببدله. قال أصحابنا: وليس لولي هؤلاء المخالعة بشيء من مالهن؛ لأنه إنما يملك التصرف بما لها فيه الحظ، وهذا لا حظ فيه، بل فيه إسقاط نفقتها ومسكنها وبذل مالها." (١)

"[فصل قالت له امرأته طلقني وضرتي بألف فطلقهما]

(٥٨٠٢) فصل: وإن قالت له امرأته: طلقني وضرتي بألف. فطلقهما، وقع الطلاق بهما بائنا، واستحق الألف على باذلته؛ لأن الخلع مع الأجنبي جائز. وإن طلق إحداهما، فقال القاضي: تطلق طلاقا بائنا، ولزم الباذلة بحصتها من الألف. وهذا مذهب الشافعي، إلا أن بعضهم قال: يلزمها مهر مثل المطلقة. وقياس قول أصحابنا، فيما إذا قالت: طلقني ثلاثا بألف. فطلقها واحدة، لم يلزمها شيء، ووقعت بها التطليقة، أن لا يلزم الباذلة ها هنا شيء؛ لأنه لم يجبها إلى ما سألت، فلم يجب عليها ما بذلت، ولأنه قد يكون غرضها في بينونتها جميعا منه، فإذا طلق إحداهما، لم يحصل غرضها، فلا يلزمها عوضها.

[فصل قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي أو على أن لا تطلق ضرتي]

(٥٨٠٣) فصل: وإن قالت: طلقني بألف على أن تطلق ضرتي، أو على أن لا تطلق ضرتي. فالخلع صحيح، والشرط والبذل لازم. وقال الشافعي: الشرط والعوض باطلان، ويرجع إلى مهر المثل؛ لأن الشرط سلف في

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٥١

الطلاق، والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل، فيكون الباقي مجهولا. وقال أبو حنيفة: الشرط باطل، والعوض صحيح؛ لأن العقد يستقل بذلك العوض. ولنا أنها بذلت عوضا في طلاقها وطلاق ضرتها، فصح، كما لو قالت: طلقني وضرتي بألف. فإن لم يف لها بشرطها، فعليها الأقل من المسمى، أو الألف الذي شرطته. ويحتمل أن لا يستحق شيئا من العوض؛ لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد، فلا يستحقه، كما لو طلقها بغير عوض.

[مسألة ما خالع العبد به زوجته من شيء جاز]

(٥٨٠٤) مسألة؛ قال: (وما خالع العبد به زوجته من شيء، جاز. وهو لسيده) وجملة ذلك أن كل زوج صح طلاقه، صح خلعه؛ لأنه إذا ملك الطلاق، وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء، فلأن يملكه محصلا للعوض أولى، والعبد يملك الطلاق، فملك الخلع، وكذلك المكاتب والسفيه، وفي الصبي المميز وجهان، بناء على صحة طلاقه. ومن لا يصح طلاقه، كالطفل والمجنون، لا يصح خلعه؛ لأنه ليس من أهل التصرف، فلا حكم لكلامه.

ومتى خالع العبد، كان العوض لسيده؛ لأنه من اكتسابه، واكتسابه لسيده، وسائر من ذكرنا العوض لهم. ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد، وولي المحجور عليه؛ لأن العوض في خلع العبد ملك لسيده، فلم يجز تسليمه إلى غيره إلا بإذنه، وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله، وهذا من حقوقه. وأما المكاتب، فيدفع العوض إليه؛ لأنه هو الذي يتصرف لنفسه.." (١)

"محجورا عليه أو رشيدا؛ لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع، فصح أن يكون وكيلا وموكلا فيه، كالحر الرشيد. وهذا مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي، ولا أعلم فيه خلافا. يكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء استدعاء الخلع أو الطلاق، وتقدير العوض، وتسليمه. وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء؛ شرط العوض، وقبضه، وإيقاع الطلاق أو الخلع.

ويجوز التوكيل مع تقدير العوض، ومن غير تقدير؛ لأنه عقد معاوضة، فصح كذلك، كالبيع والنكاح. والمستحب التقدير؛ لأنه أسلم من الغرر، وأسهل على الوكيل؛ لاستغنائه عن الاجتهاد. فإن وكل الزوج، لم يخل من حالين: الحال الأول، أن يقدر له العوض، فخالع به أو بما زاد، صح، ولزم المسمى؛ لأنه فعل ما أمر به، وإن خالع بأقل منه، ففيه وجهان؛: أحدهما، لا يصح الخلع وهذا اختيار ابن حامد، ومذهب

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٥٤

الشافعي؛ لأنه خالف موكله، فلم يصح تصرفه، كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى، ولأنه لم يأذن له في الخلع بهذا العوض، فلم يصح منه، كالأجنبي. والثاني، يصح، ويرجع على الوكيل بالنقص. وهذا قول أبي بكر؛ لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع، كحالة الإطلاق، والأول أولى.

وأما إن خالف في الجنس، مثل أن يأمره بالخلع على دراهم، فخالع على عبد، أو بالعكس، أو يأمره بالخلع حالا، فخالع بعوض نسيئة، فال قياس أنه لا يصح؛ لأنه مخالف لموكله في جنس العوض، فلم يصح تصرفه، كالوكيل في البيع، ولأن ما خالع به لا يملكه الموكل، لكونه لم يأذن فيه، ولا الوكيل؛ لأنه لم يوجد السبب بالنسبة إليه. وفارق المخالفة في القدر؛ لأنه أمكن جبره بالرجوع بالنقص على الوكيل.

وقال القاضي: ال قياس أن يلزم الوكيل القدر الذي أذن فيه، ويكون له ما خالع، قياسا على المخالفة في القدر، وهذا يبطل بالوكيل في البيع، ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج، فلم يصح، كما لو لم يوكله في شيء، ولأنه يفضي إلى أن يملك عوضا لم ملكته إياه المرأة، ولا قصد هو تملكه، وتنخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه. وأما المخالفة في القدر، فلا يلزم فيها ذلك، مع أن الصحيح أنه لا يصح الخلع فيها أيضا، لما قدمناه. والحال الثاني، إذا أطلق الوكالة، فإنه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد، فإن خالع بذلك فما زاد، صح؛ لأنه زاده خيرا، وإن خالع بدونه، ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له العوض فخالع بدونه.

وذكر القاضي احتمالين آخرين: أحدهما، أن يسقط المسمى، ويجب مهر المثل؛ لأنه خالع بما لم يؤذن له فيه. والثاني، أن يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصا ولا رجعة له، وبين رده وله الرجعة. وإن خالع." (١)

"بغير نقد البلد، فحكمه حكم ما لو عين له عوضا فخالع بغير جنسه. وإن خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير، لم يصح الخلع، ولم يقع الطلاق؛ لأنه غير مأذون له فيه إنما أذن له في الخلع، وهو إبانة المرأة بعوض، وما أتى به، وإنما أتى بطلاق غير مأذون له فيه. ذكره القاضي، في " المجرد ". وهو مذهب الشافعي. وسواء عين له العوض أو أطلق، وذكر، في " الجامع " أن الخلع يصح.

ويرجع على الوكيل بالمسمى، ولا شيء على المرأة. هذا إذا قلنا: الخلع بلا عوض يصح. وإن قلنا: لا يصح. لم يصح إلا أن يكون بلفظ الطلاق، فيقع طلقة رجعية. واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح، فكذلك وكيل الزوج. وهذا ال قياس غير صحيح؛ فإن وكيل الزوج يوقع الطلاق فلا يصح أن يوقعه على غير ما أذن له فيه، ووكيل الزوجة لا يوقع، وإنما يقبل، ولأن وكيل الزوج إذا خالع على محرم، فوت

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٨/٧

على موكله العوض، ووكيل الزوجة يخلصها منه، فـلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه، الصحة في موضع يفوته عليه، ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح بدون العوض الذي قدرته له، صح ولزمها، ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له، لم يلزمه، وأما وكيل الزوجة فله حالان؛: أحدهما، أن تقدر له العوض، فمتى خالع به فما دون، صح، ولزمها ذلك: لأنه زادها خيرا، وإن خالع بأكثر منه، صح ولم تلزمها الزيادة؛ لأنها لم تأذن فيها، ولزم الوكيل، لأنه التزمه للزوج، فلزمه الضمان، كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال.

وقال القاضي، في " المجرد ": عليها مهر مثلها، ولا شيء على وكيلها؛ لأنه لا يقبل العقد لنفسه، إنما يقبله لغيره. ولعل هذا مذهب الشافعي، والأولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذلته؛ لأنها ما التزمت أكثر منه، ولا وجد منها تغرير للزوج، ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضا أكثر مما بذل له الوكيل؛ لأنه رضي بذلك عوضا، وهو عوض صحيح معلوم، فلم يكن له أكثر منه، كما لو بذلته المرأة. الثاني، أن يطلق الوكالة، فيقتضي خلعها بمهرها من جنس نقد البلد، فإن خالعها بذلك فما دون، صح، ولزمها، وإن خالعها بأكثر منه، فهو كما لو خالعها بأكثر مما قدرت له، على ما مضى من القول فيه.

[فصل اختلفا في الخلع فادعاه الزوج وأنكرته المرأة]

(٥٨١١) فصل: إذا اختلفا في الخلع، فادعاه الزوج، وأنكرته المرأة بانت بإقراره، ولم يستحق عليها عوضا؛ لأنها منكرة، وعليها اليمين، وإن ادعته المرأة، وأنكره الزوج، فالقول قوله لذلك، ولا يستحق عليها عوضا." (١)

"سبحانه ﴿فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا﴾ [الأحزاب: ٢٨] وقول ابن حامد أصح؛ فإن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره، إلا احتمالا بعيدا، ولفظة الفراق والسراح إن وردا في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين، فقد وردا لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيرا، قال الله تعالى ﴿واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا﴾ [آل عمران: ١٠٣] وقال ﴿وما تفرق الذين أوتوا الكتاب﴾ [البينة: ٤] فلا معنى لتخصيصه بفرقة الطلاق، على أن قوله ﴿أو فارقوهن بمعروف﴾ [الطلاق: ٢] لم يرد به الطلاق، وإنما هو ترك ارتجاعها، وكذلك قوله ﴿أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩]

ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق، فإنه مختص بذلك، سابق إلى الأفهام من غير قرينة ولا دلالة، بخلاف

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٩/٧

الفراق والسراح. فعلى كلا القولين، إذا قال: طلقتك، أو أنت طالق، أو مطلقة. وقع الطلاق من غير نية. وإن قال: فارقتك. أو: أنت مفارقة، أو سرحتك، أو أنت مسرحة. فمن يراه صريحا أوقع به الطلاق من غير نية، ومن لم يره صريحا لم يوقعه به، إلا أن ينويه.

فإن قال: أردت بقولي: فارقتك أي بجسمي، أو بقلبي أو بمذهبي، أو سرحتك من يدي، أو شغلي، أو من حبسي، أو أي سرحت شعرك. قبل قوله. وإن قال: أردت بقولي: أنت طالق أي: من وثاقي. أو قال: أردت أن أقول: طلبتك. فسبق لساني، فقلت: طلقتك. ونحو ذلك، دين فيما بينه وبين الله تعالى، فمتى علم من نفسه ذلك، لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه. قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبد الله، أنه إذا أراد أن يقول لزوجته: اسقيني ماء. فسبق لسانه فقال: أنت طالق، أو أنت حرة. أنه لا طلاق فيه. ونقل ابن منصور عنه، أنه سئل عن رجل حلف، فجرى على لسانه غير ما في قلبه، فقال: أرجو أن يكون الأمر فيه واسعا.

وهل تقبل دعواه في الحكم؟ ينظر؛ فإن كان في حال الغضب، أو سؤالها الطلاق، لم يقبل في الحكم؛ لأن لفظه ظاهر في الطلاق، وقرينة حاله تدل عليه، فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين، فلا تقبل، وإن لم تكن في هذه الحال فظاهر كلام أحمد، في رواية ابن منصور، وأبي الحارث، أنه يقبل قوله. وهو قول جابر بن زيد، والشعبي، والحكم، حكاه عنهم أبو حفص؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد، فقيل: كما لو قال؛ أنت طالق، أنت طالق. وقال: أردت بالثانية إفهامها. وقال القاضي: فيه روايتان، هذه التي ذكرنا، قال: وهي ظاهر كلام أحمد. والثانية، لا يقبل. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف، فلم يقبل في الحكم، كما لو أقر بعشرة، ثم قال: زيوفا، أو صغارا، أو إلى شهر.

فأما إن صرح بذلك في اللفظ، فقال: طلقتك." (١)

"[فصل صريح الطلاق بالعجمية]

(٥٨٥٤) فصل: وصريح الطلاق بالعجمية بهشتم، فإذا أتى بها العجمي، وقع الطلاق منه بغير نية. وقال النخعي، وأبو حنيفة: هو كناية، لا يطلق به إلا بنية؛ لأن معناه خليتك، وهذه اللفظة كناية. ولنا، أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق، يستعملونها فيه، فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية، ولو لم تكن هذه صريحة، لم يكن في العجمية صريح للطلاق، وهذا بعيد، ولا يضر كونها بمعنى خليتك، فإن معنى طلقتك خليتك أيضا، إلا أنه لما كان موضوعا له، يستعمل فيه، كان صريحا، كذا هذه، ولا خلاف في أنه إذا نوى بها

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٦/٧

الطلاق، كانت طلاقا، كذلك قال الشعبي، والنخعي، والحسن، ومالك، والثوري، وأبو حنيفة، وزفر، والشافعي.

[مسألة قال لها في الغضب أنت حرة أو لطمها فقال هذا طلاقك]

(٥٨٥٥) مسألة؛ قال: (وإذا قال لها في الغضب: أنت حرة، أو لطمها، فقال: هذا طلاقك فقد وقع الطلاق) الكلام في هذه المسألة في فصلين: (٥٨٥٦) الفصل الأول: في أن هذا اللفظ كناية في الطلاق، إذا نواه به وقع، ولا يقع من غير نية، ولا دلالة حال، ولا نعلم خلافا في: أنت حرة، أنه كناية. فأما إذا لطمها، وقال: هذا طلاقك. فإن كثيرا من الفقهاء قالوا: ليس هذا كناية، ولا يقع به طلاق، وإن نوى؛ لأن هذا لا يؤدي معنى الطلاق، ولا هو سبب له، ولا حكم فلم يصح التعبير به عنه، كقوله: غفر الله لك. وقال ابن حامد: يقع به الطلاق من غير نية؛ لأن تقديره: أوقعت عليك طلاقا، هذا الضرب من أجله، فعلى قوله يكون هذا صريحا.

وقول الخرقي محتمل لهذا أيضا، ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان في حال الغضب، فيكون الغضب قائما مقام النية، كما قام مقامها في قوله: أنت حرة. ويحتمل أن يكون لطمه لها قرينة تقوم مقام النية؛ لأنه يصدر عن الغضب، فجرى مجراه. والصحيح أنه كناية في الطلاق؛ لأنه محتمل بالتقدير الذي ذكره ابن حامد، ويحتمل أن يريد أنه سبب لطلاقك، لكون الطلاق معلقا عليه، فصح أن يعبر به عنه، وليس بصريح؛ لأنه احتاج إلى تقدير، ولو كان صريحا لم يحتج إلى ذلك، ولأنه غير موضوع له، ولا مستعمل فيه شرعا، ولا عرفا، فأشبه سائر الكنايات.

وعلى قياسه ما لو أطعمها، أو سقاها، أو كساها، وقال: هذا طلاقك. أو لو فعلت المرأة فعلا من قيام، أو قعود، أو فعل هو فعلا، وقال: هذا طلاقك. فهو مثل لطمها، إلا في أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية، فيكون هو أيضا قائما مقامها في وجه، وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها.." (١)

"حتى تستأمري أبويك. ونحوه، فلها الخيار على التراخي؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال ذلك لعائشة، فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير. وإن قال: اختاري نفسك اليوم، واختاري نفسك غدا. فردته في اليوم الأول، لم يبطل في الثاني. وقال أبو حنيفة: لا يبطل في المسألة الأولى أيضا؛ لأنهما خياران في زمنين، فلم يبطل أحدهما برد الآخر، قياسا على المسألة الثانية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٨٨

ولنا، أنه خيار واحد، في مدة واحدة، فإذا بطل أوله بطل ما بعده، كما لو كان الخيار في يوم واحد، وكخيار الشرط وخيار المعتقة، ولا نسلم أنهما خياران، وإنما هو خيار واحد في يومين، وفارق ما إذا قال: اختاري نفسك اليوم، واختاري نفسك غدا. فإنهما خياران؛ لأن كل واحد ثبت بسبب مفرد. ولو خيرها شهرا، فاختارت نفسها، ثم تزوجها، لم يكن لها عليه خيار، وعند أبي حنيفة لها الخيار. ولنا أنها استوفت ما جعل لها في هذا العقد، فلم يكن لها في عقد ثان، كما لو اشترط الخيار في سلعة مدة، ثم فسخ، ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة. ولو لم تختر نفسها، أو اختارت زوجها، وطلقها الزوج، ثم تزوجها، بطل خيارها؛ لأن الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه، كما في البيع.

والحكم في قوله: أمرك بيدك. في هذا كله، كالحكم في التخيير؛ لأنه نوع تخيير. ولو قال لها: اختاري، أو أمرك بيدك، اليوم وبعد الغد، فردت في اليوم الأول، لم يبطل بعد في غد؛ لأنهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه، فلم يبطل أحدهما ببطلان الآخر، بخلاف ما إذا كان الزمان متصلا واللفظ واحدا، فإنه خيار واحد، فبطل كله ببطلان بعضه. وإن قال: لك الخيار يوما. أو أمرك بيدك يوما. فابتداؤه من حين نطق به إلى مثله من الغد؛ لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك. وإن قال شهرا. فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوما إلى مثل تلك الساعة. وإن قال: الشهر. أو اليوم. أو السنة. فهو على ما بقي من اليوم والشهر والسنة.

[مسألة قال اختاري من الثلاث ما شئت في الطلاق]

(٥٨٩١) مسألة؛ قال: (وليس لها أن تختار من واحدة، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك) وجملة الأمر أن لفظة التخيير لا تقتضي بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية. قال أحمد هذا قول ابن عمر، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، وعمر، وعائشة – رضي الله عنهم –. وروي ذلك عن جابر، وعبد الله بن عمر. وقال أبو حنيفة: هي واحدة بائن. وهو قول ابن شبرمة، لأن اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه عنها، ولا يكون إلا بالبينونة. وقال مالك: هي ثلاث في المدخول بها؛ لأن المدخول بها لا تبين بأقل من ثلاث، إلا أن تكون بعوض. ولنا إجماع الصحابة – رضي الله عنهم –، فإن من سمينا منهم قالوا: إن اختارت نفسها، فهي واحدة،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٠٩

"الضرب الثاني، ما يقبل لفظا، ولا يقبل نية، لا في الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى، وهو استثناء الأقل، فهذا يصح لفظا؛ لأنه من لسان العرب، ولا يصح بالنية، مثل أن يقول: أنت طالق ثلاثا. ويستثني بقلبه: إلا واحدة أو أكثر. فهذا لا يصح؛ لأن العدد نص فيما تناوله، لا يحتمل غيره، فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ، فإن اللفظ أقوى من النية، ولو نوى بالثلاث اثنتين، كان مستعملا للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ، ولغت نيته.

وحكي عن بعض الشافعية، أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى، كما لو قال: نسائي طوالق. واستثنى بقلبه: إلا فلانة. والفرق بينهما أن نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له، وقد استعمل العموم بإزاء الخصوص كثيرا، فإذا أراد به البعض صح، وقوله: ثلاثا. اسم عدد للثلاث، لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها، ولا يحتمل سواها بوجه، فإذا أراد بذلك اثنتين، فقد أراد باللفظ مالا يحتمله، وإنما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته، فأما ما لا يحتمل فلا، فإنا لو عملنا به فيما لا يحتمل، كان عملا بمجرد النية، ومجرد النية لا تعمل في نكاح، ولا طلاق، ولا بيع. ولو قال: نسائي الأربع طوالق. أو قال لهن: أربعتكن طوالق. واستثنى بعضهن بالنية،

لم يقبل، على قياس ما ذكرناه، ولا يدين فيه؛ لأنه عنى باللفظ ما لا يحتمل. الضرب الثالث، ما يصح نطقا، وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى، وذلك مثل تخصيص اللفظ العام، أو استعمال اللفظ في مجازه، مثل قوله: نسائي طوالق. يريد بعضهن، أو ينوي بقوله: طوالق. أي من وثاق، فهذا يقبل إذا كان لفظا. وجها واحدا؛ لأنه وصل كلامه بما بين مراده، وإن كان بنيته، قبل فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه أراد تخصيص اللفظ العام، واستعماله في الخصوص، وهذا سائغ في اللغة، شائع في الكلام، فلا يمنع من استعماله و التكلم به، ويكون اللفظ بنيته منصرفا إلى ما أراده، دون ما لم يرده.

وهل يقبل ذلك في الحكم؟ يخرج على روايتين؛: إحداهما، يقبل؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله، فصح، كما لو قال: أنت طالق، أنت طالق. وأراد بالثانية إفهامها. والثانية، لا يقبل؛ لأنه خلاف الظاهر. وهو مذهب الشافعي.

ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ، وهو أن يقول: نسائي طوالق. يقصد بهذا اللفظ بعضهن، فأما إن كانت النية متأخرة عن اللفظ، فقال: نسائي طوالق. ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن، لم تنفعه النية، ووقع الطلاق بجميعهن.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٧/٧

"والأول أولى، وليس هذا شرطا، إنما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرفا بفعل يقع فيه، فيقع في أوله، كقوله: أنت طالق اليوم الذي نصلي فيه الجمعة. ولو قال: أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد. فكذلك. ولو مات الرجل غدوة، ثم قدم زيد، أو مات الزوجان قبل قدوم زيد، كان الحكم كما لو ماتت المرأة. ولو قال: أنت طالق في شهر رمضان إن قدم زيد. فقدم فيه، خرج فيه وجهان؛ أحدهما، لا تطلق حتى يقدم زيد؛ لأن قدومه شرط، فلا يتقدمه المشروط، بدليل ما لو قال: أنت طالق إن قدم زيد. فإنها لا تطلق قبل قدومه بالاتفاق. وكما لو قال: إذا قدم زيد. والثاني، أنه إن قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر، قياسا على المسألة التي قبل هذه.

[فصل قال أنت طالق اليوم وطالق غدا]

(٥٩٢٢) فصل: إذا قال: أنت طالق اليوم وطالق غدا. طلقت واحدة؛ لأن من طلقت اليوم فهي طالق غدا. وإن قال: أردت أن تطلق اليوم، وتطلق غدا. طلقت طلقتين في اليومين. وإن قال: أردت أنها تطلق في أحد اليومين. طلقت اليوم، ولم تطلق غدا، لأنه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق، فوقع في أوله. وإن قال: أردت نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدا، طلقت اليوم واحدة، وأخرى غدا؛ لأن النصف يكمل فيصير طلقة تامة. وإن قال: أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غدا. احتمل ذلك أيضا، واحتمل أن لا تطلق إلا واحدة؛ لأنه إذا قال: نصفها، كملت اليوم كلها، فلم يبق لها بقية تقع غدا، ولم يقع شيء غيرها؛ لأنه ما أوقعه. وذكر القاضي هذا الاحتمال أيضا في المسألة الأولى أيضا. وهو مذهب الشافعي، ذكر أصحابه فيها الوجهين.

[فصل قال أنت طالق اليوم إذا جاء غد]

(٥٩٢٣) فصل: إذا قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غد. فاختار القاضي أن الطلاق يقع في الحال؛ لأنه علقه بشرط محال، فلغا الشرط، ووقع الطلاق. كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة: أنت طالق للسنة. وقال في " المجرد ": لا يقع؛ لأن شرطه لم يتحقق، لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد في اليوم، ولا يأتي غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق. وهو قول أصحاب الشافعي.

[فصل قال أنت طالق أمس ولا نية له]

(٥٩٢٤) فصل: إذا قال: أنت طالق أمس. ولا نية له، فظاهر كلام أحمد، أن الطلاق لا يقع فروي عنه في

من قال لزوجته: أنت طالق أمس. وإنما تزوجها اليوم: ليس بشيء وهذا قول أبي بكر. وقال القاضي في بعض كتبه: يقع الطلاق. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به، فلغت الصفة، ووقع." (١)

"ذلك أو بعده، طلقت ثلاثا. فلو قال لها: إن خرجت فأنت طالق. ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق. ثم خرجت، وقعت عليها طلقة بالخروج، ثم وقعت الثانية بوقوع الأولى، ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية؛ لأن كلما تقتضي التكرار، وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق، فكيفما وقع يقتضي وقوع أخرى. ولو قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق، ثم قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق. ثم قال: أنت طالق. طلقت ثلاثا؛ واحدة بالمباشرة، واثنتين بالصفتين؛ لأن تطليقه لها يشتمل على الصفتين؛ هو تطليق منه، وهو وقوع طلاقه، ولأنه إذا قال: أنت طالق. طلقت بالمباشرة واحدة، فتطلق الثانية بكونه طلقها، وذلك طلاق منه واقع عليها، فتطلق به الثالثة. وهذا كله في المدخول بها.

فأما غير المدخول بها، فلا تطلق إلا واحدة في جميع هذا. وهذا كله مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه مخالفا.

[فصل قال كلما طلقتك طلاقا أملك فيه رجعتك فأنت طالق]

(٥٩٣٠) فصل: فإن قال: كلما طلقتك طلاقا أملك فيه رجعتك، فأنت طالق. ثم قال: أنت طالق. طلقت اثنتين؛ إحداهما بالمباشرة. والأخرى بالصفة، إلا أن تكون الطلقة بعوض، أو في غير مدخول بها، فلا تقع بها ثانية؛ لأنها تبين بالطلقة التي باشرها بها، فلا يملك رجعتها، فإن طلقها اثنتين، طلقت الثالثة. وقال أبو بكر: قيل: تطلق، وقيل: لا تطلق. واختياري أنها تطلق.

وقال أصحاب الشافعي: لا تطلق الثالثة؛ لأنا لو أوقعناها، لم يملك الرجعة، ولم يوجد شرط طلاقها، فيفضي ذلك إلى الدور، فيقطعه بمنع وقوعه. ولنا أنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض في مدخول بها، فيقع بها التي بعدها كالأولى، وامتناع الرجعة هاهنا لعجزه عنها، لا لعدم الملك، كما لو طلقها واحدة وأغمي عليه عقيبها، فإن الثانية تقع، وإن امتنعت الرجعة؛ لعجزه عنها. وإن كان الطلاق بعوض، أو في غير مدخول بها، لم يقع بها إلا الطلقة التي باشرها بها؛ لأنه لا يملك رجعتها. وإن قال: كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك، فأنت طالق، ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة، طلقت ثلاثا. وعندهم لا تطلق؛ لما ذكرناه

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٢٨

في التي قبلها.

ولو قال لامرأته: إذا طلقتك طلاقا أملك فيه الرجعة، فأنت طالق ثلاثا. ثم طلقها، طلقت ثلاثا. وقال المزني: لا تطلق. وهو قياس قول أصحاب الشافعي؛ لما تقدم.

[فصل قال لزوجته إذا طلقتك أو إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا]

فصل: وإن قال لزوجته: إذا طلقتك، أو إذا وقع عليك طلاقي، فأنت طالق قبله ثلاثا. فلا نص فيها. وقال القاضي: تطلق ثلاثا؛ واحدة بالمباشرة، واثنتان من المعلق. وهو قياس قول الشافعي، وقول بعض." [1]

"أصحابه. وقال ابن عقيل: تطلق واحدة بالمباشرة، ويلغو المعلق؛ لأنه طلاق في زمن ماض، فلا يتصور وقوع الطلاق فيه.

وهو قياس نص أحمد وأبي بكر، في أن الطلاق لا يقع في زمن ماض، وبه قال أبو العباس بن القاص من أصحاب الشافعي. وقال أبو العباس بن سريج، وبعض الشافعية: لا تطلق أبدا؛ لأن وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها، وذلك يمنع وقوعها، فإثباتها يؤدي إلى نفيها، فلا تثبت، ولأن إيقاعها يفضي إلى الدور؛ لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث، فيمتنع وقوعها، وما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله. ولنا أنه طلاق من مكلف مختار، في محل لنكاح صحيح، فيجب أن يقع، كما لو لم يعقد هذه الصفة، ولأن عمومات النصوص تقتضي وقوع الطلاق، مثل قوله سبحانه: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] . وقوله سبحانه: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . وكذلك سائر النصوص، ولأن الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به، وما ذكروه يمنعه بالكلية، ويبطل شرعيته، فتفوت مصلحته، فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم، وما ذكروه غير مسلم؛ فإنا إن قلنا: لا يقع الطلاق المعلق، فله وجه؛ لأنه أوقعه في زمن ماض، ولا يمكن وقوعه في الماضي، فلم يقع، كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم. فقدم في اليوم، ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطا لوقوع الثلاث، ولا يوجد المشروط قبل شرطه، فعلى هذا لا يمتنع وقوع الطلقة المباشرة، ولا يفضي إلى دور ولا غيره. وإن قلنا بوقوع الثلاث، فوجهه أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به، فلغت الصفة، ووقع الطلاق، كما لو قال: أنت طالق طلقة لا تنقص عدد طلاقك، أو لا تلزمك. أو قال للآيسة: أنت طالق للسنة. أو قال: للبدعة. وبيان استحالته، أن تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده؛ لأن الشرط يتقدم مشروطه، ولذلك لو أطلق لوقع

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٢

بعده، وتعقيبه بالفاء في قوله: فأنت طالق. يقتضي كونه عقيبه، وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال، لا يصح الوصف به، فلغت الصفة، ووقع الطلاق، كما لو قال: إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثا لا تلزمك. ثم يبطل ما ذكروه بقوله: إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا. ثم وجد ما يفسخ نكاحها؛ من رضاع، أو ردة، أو وطء أمها أو ابنتها بشبهة، فإنه يرد عليه ما ذكروه، ولا خلاف في انفساخ النكاح. قال القاضي: ما ذكروه ذريعة إلى أن لا يقع عليها الطلاق جملة. وإن قال: أنت طالق ثلاثا قبيل وقوع طلاقي بك واحدة. أو قال: أنت طالق اليوم ثلاثا إن طلقتك غدا واحدة.
فالكلام عليها من وجه آخر، وهو وارد على المسألتين جميعا، وذلك أن الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها." (١)

"فإذا كان في الأول حلفا، فوجد مرة أخرى، فقد وجد الحلف مرة أخرى، وأما التأكيد فإنما يحمل عليه الكلام المكرر إذا قصده، وها هنا إن قصد إفهامها، لم يقع بالثاني شيء، كما لو قال: أنت طالق أنت طالق. يعني بالثانية إفهامها، فأما إن كرر ذلك لغير مدخول بها، بانت بطلقة، ولم يقع أكثر منها، فإذا قال لها ذلك ثلاثا، بانت بالمرة الثانية، ولم تطلق بالثالثة، فإن جدد نكاحها، ثم أعاد ذلك لها، أو قال لها: إن تكلمت فأنت طالق، أو نحو ذلك، لم تطلق بذلك؛ لأن شرط طلاقها إنما كان بعد بينونتها.

[فصل قال لامرأتيه كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان]

(٥٩٣٣) فصل: وإن قال لامرأتيه: كلما حلفت بطلاقكما، فأنتما طالقتان. ثم أعاد ذلك ثلاثا، طلقت كل واحدة منهما ثلاثا؛ لما ذكرنا. فإن كانت إحداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية، فإذا أعاده مرة ثالثة، لم تطلق واحدة منهما؛ لأن غير المدخول بها بائن. فلم تكن إعادة هذا القول حلفا بطلاقها. وهي غير زوجه، فلم يوجد الشرط، فإن شرط طلاقهما الحلف بطلاقهما جميعا، فإن جدد نكاح البائن، ثم قال لها: إن تكلمت فأنت طالق. فقد قيل: يطلقان حينئذ؛ لأنه صار بهذا حالفا بطلاقها، وقد حلف بطلاق المدخول بها بإعادة قوله في المرة الثالثة، فطلقتا حينئذ، يقوى عندي أنه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها؛ لأنها حين إعادته المرة الثالثة بائن، فلم تنعقد الصفة بالإضافة إليها، كما لو قال لأجنبية: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق. ثم تزوجها، وحلف بطلاقها. ولكن تطلق المدخول بها حينئذ؛ لأنه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة، وحلف بطلاق هذه حينئذ، فكمل شرط طلاقها. فطلقت وحدها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٣

[فصل له امرأتان حفصة وعمرة فقال إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق]

(٥٩٣٤) فصل: فإن كانت له امرأتان، حفصة وعمرة، فقال: إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق. ثم أعاده، لم تطلق واحدة منهما؛ لأن هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما. وإن قال بعد ذلك: إن حلفت بطلاقكما فحفصة طالق. طلقت عمرة؛ لأنه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها على الحلف بطلاقهما، ولم تطلق حفصة لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقها عليه. فإن قال بعد هذا: إن حلفت بطلاقكما، فعمرة طالق. لم تطلق واحدة منهما؛ لأنه لم يحلف بطلاقهما، إنما حلف بطلاق عمرة وحدها. فإن قال بعد هذا: إن حلفت بطلاقكما، فحفصة طالق. طلقت حفصة. وعلى هذا ال قياس.

[فصل قال لإحداهما إن حلفت بطلاقك فضرتك طالق]

(٥٩٣٥) فصل: وإن قال لإحداهما: إن حلفت بطلاقك، فضرتك طالق. ثم قال للأخرى مثل ذلك طلقت الثانية؛ لأن إعادته للثانية هو حلف بطلاق الأولى، وذلك شرط وقوع طلاق الثانية، ثم إن أعاد للأولى، طلقت، ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت، حتى يكمل للثانية ثلاث، ثم إذا أعاده للأولى لم تطلق؛ لأن." [١]

"إذا لبست. أو: إن أكلت متى لبست. أو: إن أكلت إن لبست. لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل؛ لأن اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالأكل بعد اللبس، ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط، فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم؛ لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطا للذي قبله، والشرط يتقدم المشروط، قال الله تعالى: ﴿ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم﴾ [هود: ٣٤] . فلو قال لامرأته: إن أعطيتك، إن وعدتك، إن سألتني، فأنت طالق. لم تطلق حتى تسأله، ثم يعدها ثم يعطيها؛ لأنه شرط في العطية الوعد، وفي الوعد السؤال، فكأنه قال: إن سألتني، فوعدتك، فأعطيتك، فأنت طالق. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي.

وقال القاضي إذا كان الشرط بإذا كقولنا، وفيما إذا كان بإن مثل قوله: إن شربت إن أكلت. أنها تطلق بوجودهما كيفما وجدا؛ لأن أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا، فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف، بخلاف ما إذا كان الشرط بإذا. والصحيح الأول، وليس لأهل العرف في هذا عرف؛ فإن هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٥

الكلام غير متداول بينهم، ولا ينطقون به إلا نادرا، فيجب الرجوع فيه إلى مقتضاه عند أهل الشأن، كسائر مسائل هذا الفصل.

(٥٩٥٤) فصل: فإن قال: أنت طالق أن قمت. بفتح الهمزة، فقال أبو بكر: تطلق في الحال؛ لأن " أن " المفتوحة ليست للشرط، وإنما هي للتعليل، فمعناه: أنت طالق لأنك قمت، أو لقيامك. كقول الله تعالى: ﴿يمنون عليك أن أسلموا﴾ [الحجرات: ١٧] . ﴿وتخر الجبال هدا﴾ [مريم: ٩٠] ﴿أن دعوا للرحمن ولدا﴾ [مريم: ٩١] . ﴿يخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم﴾ [الممتحنة: ١] . وقال القاضي: قياس قول أحمد، أنه إن كان نحويا وقع طلاقه، وإن لم يكن نحويا فهي للشرط؛ لأن العامي لا يريد بذلك إلا الشرط، ولا يعرف أن مقتضاها التعليل، فلا يريده فلا يثبت له حكم ما لا يعرفه، ولا يريده، كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه. وحكي عن ابن حامد، أنه قال في النحوي أيضا: لا يقع طلاقه بذلك، إلا أن ينويه؛ لأن الطلاق يحمل على العرف في حقهما جميعا.
واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه؛ أحدها، يقع طلاقه في الحال. والثاني، يكون شرطا في حق العامي، وتعليلا في حق النحوي. والثالث، يقع الطلاق إلا أن لا يكون من أهل الإعراب، فيقول: أردت." (١)

"كان ذلك دليلا على حملها وحل وطئها. وإن قال: إن كنت حاملا فأنت طالق. فهي عكس المسألة التي قبلها، ففي الموضع الذي يقع الطلاق ثم لا يقع هاهنا، وفي الموضع الذي لا يقع ثم يقع هاهنا، إلا أنها إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر، من حين وطء الزوج بعد اليمين، ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة، لم تطلق؛ لأن تعين النكاح باق، والظاهر حدوث الولد من الوطء، لأن الأصل عدمه قبله. ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها. نص عليه أحمد.
قال القاضي: يحرم الوطء سواء قلنا: الرجعية مباحة أو محرمة؛ لأنه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه. وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى، لا يحرم الوطء؛ لأن الأصل بقاء النكاح، وبراءة الرحم من الحمل. وإذا استبرأها، حل وطؤها على الروايتين. ويكون الاستبراء بحيضة. قال أحمد، في رواية أبي طالب: إذا قال لامرأته: متى حملت فأنت طالق. لا يقربها حتى تحيض، فإذا طهرت وطئها، فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة، فإن لم يوجدن أو خفي عليهن، انتظر عليها تسعة أشهر غالب مدة الحمل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٥٠

وذكر القاضي فيها رواية أخرى، أنها تستبرأ بثلاثة قروء؛ ولأنه استبراء الحرة. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. والصحيح ما ذكرناه؛ لأن المقصود معرفة براءة رحمها، وقد حصل بحيضة، ولهذا قال – عليه السلام –: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» . يعني: تعلم براءتها بحيضة، ولأن ما يعلم به البراءة في حق الأمة والحرة واحد؛ لأنه أمر حقيقي لا يختلف بالحرية والرق. وأما العدة، ففيها نوع تعبد لا يجوز أن يعدى بال قياس.

وهل تعتد بالاستبراء قبل عقد اليمين، أو بالحيضة التي حلف فيها؟ على وجهين، أصحهما الاعتداد به؛ لأنه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد اليمين. والثاني، لا يعتد به؛ لأن الاستبراء لا يتقدم على سببه، ولأنه لا يعتد به في استبراء الأمة. قال أحمد إذا قال لامرأته: إذا حبلت فأنت طالق. يطؤها في كل طهر مرة. يعني إذا حاضت ثم طهرت حل وطؤها؛ لأن الحيض علم على براءتها من الحمل، ووطؤها سبب له، فإذا وطئها اعتزلها، لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئه، فطلقت به.

[فصل قال إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة فولدت غلاما كانت حاملا به وقت اليمين]

(٥٩٦٥) فصل: إذا قال: إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين. فولدت." (١)

"غلاما، كانت حاملا به وقت اليمين. تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف، وانقضت عدتها بوضعه. وإن ولدت أنثى، طلقت بولادتها طلقتين، واعتدت بالقروء. وإن ولدت غلاما وجارية، وكان الغلام أولهما ولادة، تبينا أنها طلقت واحدة، وبانت بوضع الجارية، ولم تطلق بها، وإن كانت الجارية أولهما ولادة، طلقت ثلاثا؛ واحدة بحمل الغلام، واثنتين بولادة الجارية، وانقضت عدتها بوضع الغلام. وإن قال لها: إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة، وإن كنت حاملا بجارية، فأنت طالق اثنتين. فولدت غلاما وجارية، طلقت ثلاثا.

وإن قال: إن كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة، وإن كان حملك جارية فأنت طالق اثنتين. فولدت غلاما وجارية، لم تطلق؛ لأن حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية. ذكره القاضي، في " المجرد "، وأبو الخطاب. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال: القاضي، في " الجامع ": في وقوع الطلاق وجهان؛ بناء على الروايتين في من حلف: لا لبست ثوبا من غزلها. فلبس ثوبا فيه من غزلها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٦/٧

[فصل قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثا]

(٥٩٦٦) فصل: فإن قال: كلما ولدت ولدا فأنت طالق. فولدت ثلاثا، دفعة واحدة، طلقت ثلاثا؛ لأن صفة الثلاث وجدت وهي زوجة. وإن ولدتهم في دفعات من حمل واحد، طلقت بالأولين، وبانت بالثالث، ولم تطلق. ذكره أبو بكر. وهو قول الشافعي، وأصحاب الرأي. وحكي عن ابن حامد أنها تطلق؛ لأن زمان البينونة زمن الوقوع، ولا تنافي بينهما. ولنا، أن العدة انقضت بوضع الحمل، فصادفها الطلاق بائنا ولم يقع، كما لو قال: إذا مت فأنت طالق. وقد نص أحمد، في من قال: أنت طالق مع موتي. أنها لا تطلق. فهذا أولى.

وإن قال: إن ولدت ذكرا فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين. فولدتهما دفعة واحدة، طلقت ثلاثا. وإن ولدتهما في دفعتين، وقع بالأول ما علق عليه، وبانت بالثاني، ولم يقع به شيء، إلا على قول ابن حامد. فإن أشكل الأول منهما، أو كيفية وضعهما، طلقت واحدة بيقين، ولا تلزمه الثانية، والورع أن يلتزمها. وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي. وقال القاضي: قياس المذهب أن يقرع بينهما. وإن قال: إن كان أول ما تلدين ذكرا فأنت طالق واحدة، وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين. فولدتهما دفعة واحدة، لم يقع بها شيء؛ لأنه لا أول فيهما، فلم توجد الصفة. وإن ولدتهما في دفعتين، وقع بالأول ما علق عليه، ولم يقع بالثاني شيء.." (١)

"[فصل قال إن أمرتك فخالفتني فأنت طالق ثم نهاها فخالفته]

(٥٩٩٣) فصل: وإن قال: إن أمرتك فخالفتني، فأنت طالق. ثم نهاها، فخالفته، فقال أبو بكر: لا يحنث. وهو قول الشافعي؛ لأنها خالفت نهيه لا أمره. وقال أبو الخطاب: يحنث، إذا قصد أن لا تخالفه، أو لم يكن ممن يعرف حقيقة الأمر والنهي؛ لأنه إذا كان كذلك، فإنما يريد نفي المخالفة. ويحتمل أن تطلق بكل حال؛ لأن الأمر بالشيء نهي عن ضده، والنهي عنه أمر بضده، فقد خالفت أمره. وإن قال لها: إن نهيتني عن نفع أمي، فأنت طالق. فقالت له: لا تعطها من مالي شيئا. لم يحنث؛ لأن إعطاءها من مالها لا يجوز، ولا يجوز النفع به، فيكون هذا النفع محرما، فلا يتناوله يمينه. ويحتمل أن يحنث؛ لأنه نفع، ولفظه عام، فيدخل المحرم فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٥٧

[فصل قال لامرأته إن خرجت إلى غير الحمام فأنت طالق فخرجت]

(٥٩٩٤) فصل: فإن قال لامرأته: إن خرجت إلى غير الحمام، فأنت طالق. فخرجت إلى غير الحمام، طلقت، سواء عدلت إلى الحمام، أو لم تعدل. وإن خرجت إلى الحمام، ثم عدلت إلى غيره، ف قياس المذهب أنه يحنث؛ لأن ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام، فكيفما صارت إليه حنث، كما لو خالفت لفظه. ويحتمل أن لا يحنث. وهو قول الشافعي؛ لأنها لم تفعل ما حلف عليه ويتناوله لفظه. وإن خرجت إلى الحمام وغيره، وجمعتهما في القصد، ففيه وجهان؛ أحدهما، يحنث؛ لأنها خرجت إلى غير الحمام، وانضم إليه غيره، فحنث بما حلف عليه، كما لو حلف لا يكلم زيدا، فكلم زيدا وعمرا. والثاني، لا يحنث؛ لأنها ما خرجت إلى غير الحمام، بل الخروج مشترك.

ونقل الفضل بن زياد، عن أحمد، أنه سئل: إذا حلف بالطلاق أن لا يخرج من بغداد إلا لنزهة. فخرج إلى النزهة، ثم مر إلى مكة، فقال: النزهة لا تكون إلى مكة. فظاهر هذا أنه أحنثه، ووجهه ما تقدم، وقال، في رجل حلف بالطلاق أن لا يأتي أرمينية إلا بإذن امرأته. فقالت له امرأته: اذهب حيث شئت. فقال: لا، حتى تقول: إلى أرمينية. والصحيح أنه متى أذنت له إذنا عاما، لم يحنث. قال القاضي: وهذا من كلام أحمد، محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة، ولو قالت هذا بطيب قلبها، كان إذنا منها، وله الخروج، وإن كان بلفظ عام.

[فصل حلف ليرحلن من هذه الدار أو ليخرجن من هذه المدينة ففعل ثم عاد إليها]

(٥٩٩٥) فصل: فإن حلف ليرحلن من هذه الدار، أو ليخرجن من هذه المدينة. ففعل ثم عاد إليها، لم يحنث، إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضي عدم الرجوع إليها؛ لأن الحلف على الخروج والرحيل، وقد فعلهما. وقد نقل عنه إسماعيل بن سعيد، إذا حلف على رجل أن يخرج من بغداد، فخرج ثم رجع: قد مضت." (١)

"وهو مذهب الشافعي؛ لأنه ما أخذه منه. وإن قال: لا تأخذ حقك علي. حنث؛ لأنه قد أخذ حقه الذي عليه.

والمنصوص عن أحمد، أنه يحنث في الصورتين. قاله أبو بكر وهو الذي يقتضيه مذهبه؛ لأن الأيمان عنده على الأسباب، لا على الأسماء، ولأنه لو وكل وكيلا، فأخذه منه، كان آخذا لحقه منه عرفا، ويسمى آخذا؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧٣

قال الله تعالى: ﴿وأخذنا منهم ميثاقا غليظا﴾ [النساء: ١٥٤] . وقال: ﴿ولقد أخذ الله ميثاق بني إسرائيل وبعثنا منهم اثني عشر نقيبا﴾ [المائدة: ١٢] . وإن كانت اليمين من صاحب الحق، فحلف: لا أخذت حقي منك. فالتفريع فيها كالتي قبلها. فإن تركها الغريم في أثناء متاع في خرج، ثم دفع الخرج إلى الحالف، فأخذه ولم يعلم أنها فيه، لم يحنث؛ لأن هذا ليس بمعدود أخذا، ولا يبرأ به الغريم منها. فإن كانت اليمين: لا أعطيتك حقك، فأخذه الحاكم منه كرها، فدفعه إلى الغريم، لم يحنث.

وإن أكرهه على دفعه إليه، فدفعه، خرج على الوجهين في المكره. وإن أعطاه باختياره، حنث. وإن وضعه في حجره، أو جيبه، أو صندوقه، وهو يعلم، حنث؛ لأنه أعطاه. وإن دفعه إلى الحاكم اختيارا، ليدفعه إلى الغريم، فدفعه، أو أخذه من ماله باختياره، فدفعه إلى الغريم، حنث. وقال القاضي: لا يحنث. و قياس المذهب أنه يحنث؛ لأنه أوصله إليه مختارا، فأشبه ما لو دفعه إلى وكيله، فأعطاه إياه، ولأن الأيمان على الأسباب، لا على الأسماء، على ما ذكرناه فيما مضى.

[فصل قال إن رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما]

(٦٠٠٣) فصل: فإن قال: إن رأيت أباك، فأنت طالق. فرأته ميتا، أو نائما، أو مغمى عليه، أو رأته من خلف زجاج، أو جسم شفاف، طلقت؛ لأنها رأته، وإن رأت خياله في ماء، أو مرآة، أو صورته على حائط، أو غيره، لم تطلق؛ لأنها لم تره، وإن أكرهت على رؤيته، خرج على الوجهين.

[مسألة قال لمدخول بها أنت طالق أنت طالق]

(٦٠٠٤) مسألة؛ قال: (وإذا قال لمدخول بها: أنت طالق، أنت طالق. لزمه تطليقتان، إلا أن يكون أراد بالثانية إفهامها أن قد وقعت بها الأولى، فتلزمه واحدة. وإن كانت غير مدخول بها، بانت بالأولى، ولم يلزمها ما بعدها؛ لأنه ابتداء كلام) وجملة ذلك أنه إذا قال لامرأته المدخول بها: أنت طالق. مرتين. ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية، وقعت بها طلقتان بلا خلاف، وإن نوى بها إفهامها أن الأولى قد وقعت بها، أو التأكيد، لم تطلق إلا واحدة. وإن لم تكن له نية، وقع طلقتان. وبه قال أبو حنيفة، ومالك. وهو الصحيح من قولي." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧٧

"[فصل قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة]

(٦٠٠٧) فصل: وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة. فكذلك، ذكره القاضي. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم: لا يقع بغير المدخول بها شيء، بناء على قولهم في المسألة السريجية. وقال أبو بكر: يقع طلقتان. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة، فوقعت معها، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا، وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة إليه، وهو معها، ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها؛ لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه، وهو زمن قريب، فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب.

ولنا، أن هذا طلاق بعضه قبل بعض، فلم يقع بغير المدخول بها جميعه، كما لو قال: طلقة بعد طلقة. ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدما، كما لو قال: طلقة بعد طلقة. أو قال: أنت طالق طلقة غدا، وطلقة اليوم. ولو قال: جاء زيد بعد عمرو. أو: جاء زيد وقبله عمرو. أو: أعط زيدا بعد عمرو. وكان كلاما صحيحا، يفيد تأخير المتقدم لفظا، عن المذكور بعده، وليس هذا طلاقا في زمن ماض، وإنما يقع إيقاعه في المستقبل مرتبا على الوجه الذي رتبه، ولو قدر أن إحداهما موقعة في زمن ماض، لامتنع وقوعها وحدها، ووقعت الأخرى وحدها، وهذا تعليل القاضي، لكونه لا يقع إلا واحدة، والأول من التعليل أصح إن شاء الله تعالى.

[فصل قال أنت طالق طلقة معها طلقة]

(٦٠٠٨) فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة معها طلقة. وقع بها طلقتان. وإن قال: معها اثنتان. وقع بها ثلاث، في قياس المذهب. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو يوسف: يقع طلقة؛ لأن الطلقة إذا وقعت مفردة، لم يمكن أن يكون معها شيء. ولنا، أنه أوقع ثلاث طلقات، بلفظ يقتضي وقوعهن معا، فوقعن كلهن، كما لو قال: أنت طالق ثلاثا. ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة، فإن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به، إذ لو وقع بذلك، لما صح تعليقه بشرط، ولا صح وصفه بالثلاث، ولا بغيرها، وكذلك الحكم لو قال: إذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة. ثم قال: أنت طالق. فإنها تطلق طلقتين؛ لما ذكرنا.

[فصل قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أني أوقع بعدها طلقة]

فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة بعدها طلقة. ثم قال: أردت أني أوقع بعدها طلقة. دين، وهل يقبل في

الحكم؟ يخرج على روايتين. وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة. وقال: أردت أني طلقتها قبل هذا في."
(١)

"وبهذا قال مالك، والأوزاعي، والليث، وربيعة، وابن أبي ليلى. وحكي عن الشافعي في القديم ما يدل عليه. وقال الثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور: لا يقع إلا واحدة؛ لأنه أوقع الأولى قبل الثانية، فلم يقع عليها شيء آخر، كما لو فرقها.

ولنا، أن الواو تقتضي الجمع، ولا ترتيب فيها، فيكون موقعا للثلاث جميعا، فيقعن عليها، كقوله: أنت طالق ثلاثا. أو: طلقة معها طلقتان. ويفارق ما إذا فرقها، فإنها لا تقع جميعا، وكذلك إذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب، فإن الأولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه، وهاهنا لا تقع الأولى حين نطقه بها حتى يتم كلامه، بدليل أنه لو ألحقه استثناء، أو شرطا، أو صفة، لحق به، ولم يقع الأول مطلقا، ولو كان يقع حين تلفظه، لم يلحقه شيء من ذلك، وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام، فإنه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه، ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات، وهو معنى قول الخرقي: لأنه نسق. أي غير مفترق.

فإن قيل: إنما وقف أول الكلام على آخره، مع الشرط والاستثناء؛ لأنه مغير له، والعطف لا يغير فلا يقف عليه، ونتبين أنه وقع أول ما لفظ به، ولذلك لو قال لها: أنت طالق، أنت طالق. لم يقع إلا واحدة. قلنا: ما لم يتم الكلام، فهو عرضة للتغيير، إما بما يخصه بزمن، أو يقيده بقيد كالشرط، وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء، وإما بما يبين عدد الواقع، كالصفة بالعدد، وأشباه هذا، فيجب أن يكون واقعا، ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال؛ لأنه لو قال لها: أنت طالق ثلاثا. فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثا. لم يمكن أن يقع بها شيء آخر.

وأما إذا قال: أنت طالق، أنت طالق. فهاتان جملتان لا تتعلق إحداهما بالأخرى، ولو تعقب إحداهما شرط أو استثناء أو صفة، لم يتناول الأخرى، ولا وجه لوقوف إحداهما على الأخرى، والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد، لو تعقبه شرط لعاد إلى الجميع، ولأن المعطوف لا يستقل بنفسه، ولا يفيد بمفرده، بخلاف قوله: أنت طالق. فإنها جملة مفيدة، لا تعلق لها بالأخرى، فلا يصح قياسها عليها.

[فصل قال أنت طالق طلقتين ونصفا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٩/٧

(٦٠١٣) فصل: فإن قال: أنت طالق طلقتين ونصفا. فهي عندنا كالتي قبلها، يقع الثلاث. وقال مخالفونا: يقع طلقتان.

وإن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. وكرر ذلك ثلاثا، فدخلت، طلقت، في قول الجميع؛ لأن الصفة وجدت، فاقتضى وقوع دفعة واحدة. وإن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق، فدخلت الدار، طلقت ثلاثا. وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وأصحاب الشافعي في أحد." (١)

"[مسألة طلق ثلاثا وهو ينوي واحدة]

(٦٠١٦) مسألة؛ قال: (وإذا طلق ثلاثا، وهو ينوي واحدة، فهي ثلاث) وجملة ذلك أن الرجل إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا. فهي ثلاث، وإن نوى واحدة، لا نعلم فيه خلافا؛ لأن اللفظ صريح في الثلاث، والنية لا تعارض الصريح؛ لأنها أضعف من اللفظ، ولذلك لا نعمل بمجردها، والصريح قوي يعمل بمجرده، من غير نية، فلا يعارض القوي بالضعيف، كما لا يعارض النص بال قياس، ولأن النية إنما تعمل في صرف اللفظ إلى بعض محتملاته، والثلاث نص فيها، لا يحتمل الواحدة بحال، فإذا نوى واحدة، فقد نوى ما لا يحتمله، فلا يصح، كما لو قال: له علي ثلاثة دراهم. وقال: أردت واحدا.

[مسألة طلق واحدة وهو ينوي ثلاثا]

(٦٠١٧) مسألة؛ قال: (وإن طلق واحدة، وهو ينوي ثلاثا، فهي واحدة) أما إذا قال: أنت طالق واحدة. ونوى ثلاثا، لم يقع إلا واحدة؛ لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها، فإذا نوى ثلاثا، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه، فلو وقع أكثر من ذلك، لوقع بمجرد النية، ومجرد النية لا يقع بها طلاق. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: يقع ثلاث؛ لأنه يحتمل واحدة معها اثنتان. وهذا فاسد، فإن قوله: معها اثنتان. لا يؤديه معنى الواحدة، ولا يحتمله، فنيته فيه نية مجردة، فلا تعمل، كما لو نوى الطلاق من غير لفظ. وأما إذا قال: أنت طالق. ونوى ثلاثا، فهذا فيه روايتان؛ إحداهما، لا يقع إلا واحدة، وهو قول الحسن، وعمرو بن دينار، والثوري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي؛ لأن هذا اللفظ لا يتضمن عددا، ولا بينونة، فلم تقع به الثلاث، كما لو قال: أنت طالق واحدة.

بيانه أن قوله: أنت طالق. إخبار عن صفة هي عليها، فلم يتضمن العدد، كقوله: قائمة، وحائض، وطاهر. والرواية الثانية، إذا نوى ثلاثا، وقع الثلاث. وهو قول مالك، والشافعي، وأبي عبيد، وابن المنذر؛ لأنه لفظ

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٨١

لو قرن به لفظ الثلاث، كان ثلاثا، فإذا نوى به الثلاث، كان ثلاثا، كالكنايات، ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله، فوقع ذلك به، كالكناية. وبيان احتمال اللفظ للعدد، أنه يصح تفسيره به؛ فيقول: أنت طالق ثلاثا. ولأن قوله: طالق.

اسم فاعل، واسم الفاعل يقتضي المصدر، كما يقتضيه الفعل، والمصدر يقع على القليل والكثير، وفارق قوله: أنت حائض وطاهر؛ لأن الحيض والطهر لا يمكن تعدده في حقها، والطلاق يمكن تعدده.

[فصل قال أنت طالق طلاقا ونوى ثلاثا]

(٦٠١٨) فصل: فإن قال: أنت طالق طلاقا. ونوى ثلاثا، وقع؛ لأنه صرح بالمصدر، والمصدر يقع على القليل والكثير،." [1]

"أن لا يقع؛ لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق، دون حقيقته، فلا يكون ناويا للطلاق، والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به، أو الكلام، وهذا لم ينو طلاقا، فلا يؤاخذ به

[فصل كتب الأخرس الطلاق بشيء لا يبين]

(٦٠٢٣) فصل: وإن كتبه بشيء لا يبين مثل أن كتب بأصبعه على وسادة، أو في الهواء، فظاهر كلام أحمد، أنه لا يقع وقال أبو حفص العكبري: يقع ورواه الأثرم عن الشعبي؛ لأنه كتب حروف الطلاق، فأشبه ما لو كتبه بشيء يبين والأول أولى؛ لأن الكتابة التي لا تبين، كالهمس بالفم، بما لا يتبين، وثم لا يقع، فهاهنا أولى.

[فصل كتب لزوجته أنت طالق ثم استمد]

(٦٠٢٤) فصل: إذا كتب لزوجته: أنت طالق ثم استمد، فكتب: إذا أتاك كتابي أو علقه بشرط، أو استثناء، وكان في حال كتابته للطلاق مريدا للشرط، لم يقع طلاقه في الحال؛ لأنه لم ينو الطلاق في الحال، بل نواه في وقت آخر، وإن كان نوى الطلاق في الحال، غير معلق بشرط، طلقت للحال وإن لم ينو شيئا، وقلنا: إن المطلق يقع به الطلاق نظرنا، فإن كان استمدادا لحاجة، أو عادة، لم يقع طلاق قبل وجود الشرط؛ لأنه لو قال: أنت طالق ثم أدركه النفس، أو شيء يسكته، فسكت لذلك، ثم أتى بشرط تعلق به، فالكتابة أولى

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٣/٧

وإن استمد لغير حاجة ولا عادة، وقع الطلاق، كما لو سكت بعد قوله: أنت طالق لغير حاجة، ثم ذكر شرطا وإن قال: إنني كتبته مريدا للشرط ف قياس قول أصحابنا، أنها لا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين وهل يقبل في الحكم؟ على وجهين بناء على قولهم في من قال: أنت طالق ثم قال: أردت تعليقه على شرط وإن كتب إلى امرأته: أما بعد، فأنت طالق طلقت في الحال، سواء وصل إليها الكتاب، أو لم يصل وعدتها من حين كتبه

وإن كتب إليها: إذا وصلك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب، طلقت عند وصوله إليها، وإن ضاع ولم يصلها، لم تطلق؛ لأن الشرط وصوله وإن ذهبت كتابته بمحو، أو غيره، ووصل الكاغد، لم تطلق؛ لأنه ليس بكتاب وكذلك إن انطمس ما فيه لعرق، أو غيره؛ لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة وإن ذهبت حواشيه، أو تخرق منه شيء لا يخرجه عن كونه كتابا، ووصل باقيه طلقت؛ لأن الباقي كتاب

وإن تخرق بعض ما فيه الكتابة سوى ما فيه ذكر الطلاق فوصل طلقت؛ لأن المقصود باق، فينصرف الاسم إليه وإن تخرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب، ووصل باقيه، لم تطلق؛ لأن المقصود ذاهب فإن قال لها: إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب إليها: إذا أتاك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب، طلقت طلقتين؛ لوجود الصفتين في مجيء الكتاب فإن قال: أردت إذا أتاك كتابي، فأنت طالق بذلك." (١)

"طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة وإنما يقسم بالأجزاء مع الاختلاف كالدور ونحوها من المختلفات أما الجمل المتساوية من جنس كالنقود فإنما تقسم برءوسها

ويكمل نصيب كل واحد من واحد كأربعة لهم درهمان صحيحان فإنه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا اختلاف فيها؛ ولأن فيما ذكرناه أخذا باليقين فكان أولى من إيقاع طلقة زائدة بالشك فإن أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على ما قال أبو بكر وإن قال: أوقعت بينكن ثلاث طلقات أو أربع طلقات فعلى قولنا: تطلق كل واحدة طلقة وعلى قولهما يطلقن ثلاثا ثلاثا، وإن قال: أوقعت بينكن خمس طلقات وقع بكل واحدة طلقتان كذلك قال الحسن وقتادة والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لأن نصيب كل واحدة طلقة وربع ثم تكمل وكذلك إن قال: ستا أو سبعا أو ثمانيا وإن قال: أوقعت بينكن تسعا طلقن ثلاثا ثلاثا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٨٧

[فصل قال بين نسائه أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة]

(٦٠٣٢) فصل: فإن قال: أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة منهن ثلاث؛ لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ويستوي في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب؛ لأن الواو لا تقتضي ترتيبا وإن قال: أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك؛ لأن هذا يقتضي وقوع ثلاث على ما قدمنا وإن قال: أوقعت بينكن طلقة فطلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثا إلا التي لم يدخل بها فإنها لا تطلق إلا واحدة؛ لأنها بانت بالأولى فلم يلحقها ما بعدها.

[فصل قال لنسائه أنتن طوالق ثلاثا]

(٦٠٣٣) فصل: فإن قال لنسائه: أنتن طوالق ثلاثا أو: طلقتكن ثلاثا طلقن ثلاثا ثلاثا نص عليه أحمد؛ لأن قوله طلقتكن يقتضي تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله: أوقعت بينكن ثلاثا فإنه يقتضي قسمة الثلاث عليهن لكل واحدة منهن جزء منها وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أرباع تطليقة.

[مسألة قال لها شعرك أو ظفرك طالق]

(٦٠٣٤) مسألة: قال: (وإن قال لها: شعرك أو ظفرك طالق لم تطلق)." [1]

"حر ولم يعلم بعينه، ويرجع في تعيينه إلى القرعة وهذا قول أبي الخطاب، وذهب القاضي إلى أنه يعتق الذي اشتراه في الموضعين؛ لأن تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه، وهذا مذهب الشافعي ولنا أنه لم يعترف لفظا ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف فإن الشرع يسوغ له إمساك عبده مع الجهل استنادا إلى الأصل فكيف يكون معترفا مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منهما؟ وإنما اكتفينا في إبقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه فإذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما كانا له فحلف بعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ

ولو كان الحالف واحدا فقال: إن كان غرابا فعبدي حر وإن لم يكن غرابا فأمتي حرة، ولم يعلم، فإنه يقرع بينهما فيعتق أحدهما فإن ادعى أحدهما أنه الذي عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٩١

مع يمينه.

[فصل قال إن كان غرابا فهذه طالق وإن لم يكن غرابا فهذه الأخرى طالق فطار ولم يعلم]

(٦٠٤٠) فصل: وإن قال: إن كان غرابا فهذه طالق وإن لم يكن غرابا فهذه الأخرى طالق فطار ولم يعلم فقد طلقت إحداهما فيحرم عليه قربانهما ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما؛ لأنهما محبوستان عليه لحقه وذهب أصحابنا إلى أنه يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المطلقة منهما كقولنا في العبيد والصحيح أن القرعة لا مدخل لها هاهنا؛ لما سنذكره فيما إذا طلق واحدة وأنسيها وهو قول أكثر أهل العلم فعلى هذا يبقى التحريم فيهما إلى أن يعلم المطلقة منهما ويؤخذ بنفقتهما، فإن قال: هذه التي حنثت فيها حرمت عليه ويقبل قوله في حل الأخرى فإن ادعت التي لم يعترف بطلاقها أنها المطلقة فالقول قوله؛ لأنه منكر، وهل يحلف؟ يخرج على روايتين.

[فصل قال إن كان غرابا فنساؤه طوالق وإن لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم]

(٦٠٤١) فصل: فإن قال: إن كان غرابا فنساؤه طوالق وإن لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم منع من التصرف في الملكين حتى يتبين وعليه نفقة الجميع، فإن قال: كان غرابا طلق نساؤه ورق عبيده، فإن ادعى العبيد أنه لم يكن غرابا ليعتقوا فالقول قوله وهل يحلف؟ يخرج على روايتين وإن قال: لم يكن غرابا عتق عبيده ولم تطلق النساء، فإن ادعين أنه كان غرابا ليطلقن، فالقول قوله، وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا: يستحلف، فنكل عن اليمين قضي عليه بنكوله.

وإن قال: لا أعلم ما الطائر؟ ف قياس المذهب أن يقرع بينهما، فإن وقعت القرعة على الغراب طلق النساء، ورق العبيد، وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء، وهذا قول أبي ثور وقال أصحاب الشافعي: إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن، ولم يعتق العبيد؛ لأن القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي - صلى الله عليه وسلم - أقرع بين العبيد الستة." (١)

"ولا مدخل لها في الطلاق؛ لأنه لم ينقل مثل ذلك فيه ولا يمكن قياسه على العتق؛ لأن الطلاق حل قيد النكاح، والقرعة لا تدخل في النكاح، والعتق حل الملك والقرعة تدخل في تمييز الأملاك قالوا: ولا يقرع بينهم إلا بعد موته ويمكن أن يقال على هذا: إن ما لا يصلح للتعيين في حق الموروث لا يصلح

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩٥/٧

في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولأن الإماء محرمات على الموروث تحريما لا تزيله القرعة فلم ينجز للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن.

[مسألة قال لزوجاته إحداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها]

(٦٠٤٢) مسألة؛ قال: (وإذا قال لزوجاته: إحداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها أقرع بينهن فأخرجت بالقرعة المطلقة منهن) وجملته أنه إذا طلق امرأة من نسائه لا بعينها فإنها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة وبه قال الحسن وأبو ثور وقال قتادة ومالك: يطلقن جميعا وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأبو حنيفة والشافعي: له أن يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق؛ لأنه يملك إيقاعه ابتداء وتعيينه، فإذا أوقعه ولم يعينه ملك تعيينه؛ لأنه استيفاء ما ملكه

ولنا أن ما ذكرناه مروي عن علي وابن عباس - رضي الله عنهما - ولا مخالف لهما في الصحابة؛ ولأنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق وقد ثبت الأصل؛ بكون النبي - صلى الله عليه وسلم - أقرع بين العبيد الستة ولأن الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد إذا أعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر بإحدى نسائه والبداية بإحداهن في القسم وكالشريكين إذا اقتسما ولأنه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية، وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعا؛ أنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها

قولهم: إنه كان يملك الإيقاع والتعيين قلنا: ملكه للتعيين بالإيقاع لا يلزم أن يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها، وأما إن نوى واحدة بعينها طلقت وحدها؛ لأنه عينها بنيته فأشبه ما لو عينها بلفظه وإن قال: إنما أردت فلانة قبل منه؛ لأنه يحتمل ما قاله، وإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق.

[فصل قال لنسائه إحداكن طالق غدا فجاء غد]

(٦٠٤٣) فصل: وإذا قال لنسائه: إحداكن طالق غدا فجاء غد طلقت واحدة منهن، وأخرجت بالقرعة، فإن مات." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٩٦

"قبل الغد ورثنه كلهن، وإن ماتت إحداهن ورثها؛ لأنها ماتت قبل وقوع الطلاق، فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء، فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء وصارت كالمعينة بقوله: أنت طالق غدا وقال القاضي: قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الأحياء فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طلقت الأخرى كما لو قال لامرأته وأجنبية: إحداكما طالق وهو قول أبي حنيفة

والفرق بينهما ظاهر فإن الأجنبية ليست محلا للطلاق وقت قوله فلا ينصرف قوله إليها وهذه قد كانت محلا للطلاق، وإرادتها بالطلاق ممكنة وإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى، وحدوث الموت بها لا يقتضي في حق الأخرى طلاقا فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق العتق كالقول في تعليق الطلاق، وإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبيد الأخر، فإن وقعت على المبيع لم يعتق منهم شيء.

وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة والشافعي؛ لأن له تعيين العتق عندهم بقوله: فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقين، وإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين، فإن وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسرا، وإن كان معسرا لم يعتق إلا نصفه.

[فصل قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء وإماء ونوى بذلك معينة]

(٦٠٤٤) فصل: وإذا قال: امرأتي طالق وأمتي حرة، وله نساء وإماء ونوى بذلك معينة انصرف إليها، وإن نوى واحدة مبهمة فهي مبهمة فيهن، وإن لم ينو شيئا؛ فقال أبو الخطاب: يطلق نساؤه كلهن، ويعتق إماؤه؛ لأن الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى: ﴿وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها﴾ [النحل: ١٨] و ﴿أحل لكم ليلة الصيام﴾ [البقرة: ١٨٧] ولأن ذلك يروى عن ابن عباس وقال الجماعة: يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم ما لو قال: إحداكن طالق وإحداكن حرة؛ لأن لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازا والكلام لحقيقته ما لم يصرفه عنها دليل ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة؛ لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه، وهذا أصح والله أعلم.

[مسألة طلق واحدة من نسائه وأنسيها]

(٦٠٤٥) مسألة؛ قال: (وإذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة) أكثر أصحابنا على أنه إذا

طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها ويحل له الباقيات وقد روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل هاهنا." (١)

"غيرها وقع الطلاق بهما جميعا ولا ترجع إليه واحدة منهما؛ إلا أن التي عينها بالطلاق تحرم بقوله: وترثه إن مات ولا يرثها ويجيء على قياس قولهما أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها

(٦٠٤٧) فصل: فإن قال: هذه المطلقة قبل منه، وإن قال: هذه المطلقة بل هذه طلقتا؛ لأنه أقر بطلاق الأولى فقبل إقراره ثم قبل إقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الأولى وكذلك لو كن ثلاثا فقال: هذه بل هذه بل هذه طلقن كلهن، وإن قال: هذه أو هذه بل هذه طلقت الثالثة وإحدى الأوليين وإن قال: طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وإحدى الآخرتين، وإن قال: أنت طالق وهذه أو هذه فقال القاضي: هي كذلك، وذكر أنه قول الكسائي، وقال محمد بن الحسن: تطلق الثانية ويبقى الشك في الأولى والثالثة، وجه الأول أنه عطف الثانية على الأولى بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما

ولو قال: طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة، وكان الشك في الأوليين ويحتمل في هاتين المسألتين أن يكون الشك في الجميع؛ لأنه في الأولى أتى بحرف الشك بعدهما فيعود إليهما وفي المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال: طلقت هذه وهذه أو هذه طولب بالبيان، فإن قال: هي الثالثة طلقت وحدها، وإن قال: لم أطلقها طلقت الأوليان، وإن لم يبين أقرع بين الأوليين والثالثة قال القاضي في " المجرد ": وهذا أصح، وإن قال: طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان فإن قال: هي الأولى طلقت وحدها

وإن قال: ليست الأولى طلقت الأخريان كما لو قال: طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين، فإن وطئ لم يكن تعيينا وإن ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق في الأخرى وقال أبو حنيفة: يتعين الطلاق في الأخرى؛ لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها ولنا أن موت إحداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كمرضها وإن قال: طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أهما الأوليان أم الآخرتان كما لو قال: طلقت هاتين أو هاتين، فإن قال: هما الأوليان تعين الطلاق فيهما، وإن قال: لم أطلق الأوليين تعين الآخرتان

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٩٧

وإن قال: إنما أشك في طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقي الشك في الثلاث، ومتى فسر كلامه بشيء محتمل قبل منه.." (١)

"[مسألة مات قبل تحديد من التي طلقها من نسائه]

(٦٠٤٨) مسألة؛ قال: (فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة، وكان الميراث للبواقي منهن) نص أحمد على هذا وقال أبو حنيفة: يقسم الميراث بينهن كلهن؛ لأنهن تساوين في احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهن وقال الشافعي: يوقف الميرات المختص بهن حتى يصطلحن عليه؛ لأنه لا يعلم المستحق منهن

ووجه قول الخرقي قول علي - رضي الله عنه - ولأنهن قد تساوين ولا سبيل إلى التعيين فوجب المصير إلى القرعة كمن أعتق عبيدا في مرضه لا مال له سواهم وقد ثبت الحكم فيهم بالنص ولأن توريث الجميع توريث لمن لا يستحق يقينا والوقف لا إلى غاية حرمان لمن يستحق يقينا والقرعة يسلم بها من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع (٦٠٤٩) فصل: فإن مات بعضهن أو جميعهن قرعنا بين الجميع فمن خرجت القرعة لها حرمناه ميراثها وإن مات بعضهن قبله وبعضهن بعده وخرجت القرعة لميتة قبله حرمناه ميراثها، وإن خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثه، والباقيات يرثهن ويرثنه، فإن قال الزوج بعد موتها: هذه التي طلقتها أو قال في غير المعينة: هذه التي أردتها حرم ميراثها؛ لأنه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه؛ لأن علم ذلك إنما يعرف من جهته ولأن الأصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه لها والأصل عدمه

وهل يستحلف على ذلك؟ فيه روايتان؛ فإن قلنا: يستحلف فنكل حرمناه ميراثها؛ لنكوله ولم يرث الأخرى لإقراره بطلاقها، فإن مات فقال ورثته لإحداهن: هذه المطلقة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمناها ميراثه وإن أنكرت أو أنكر ورثتها ف قياس ما ذكرناه أن القول قولها؛ لأنها تدعي بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والأصل معها فلا يقبل قولهم عليها إلا ببينة، وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما؛ لأن ميراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وإنما يتوفر على ضرائرها

وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقا تبين به فأنكرها فالقول قوله، وإن مات لم ترثه لإقرارهما بأنها لا تستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون ما لها وعليها العدة؛ لأننا لم نقبل قولها فيما عليها، وهذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٠٠

التفريع فيما إذا كان الطلاق يبينها، فأما إن كان رجعيا ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه.." (١)

"وقال أبو حنيفة وأصحابه: تكون بائنا؛ لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضي الزيادة عليها، وذلك هو البينونة.

ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعيا كقوله: أنت طالق وما ذكروه لا يصح؛ لأن الطلاق حكم فإذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة، وإن قال: أنت طالق أشد الطلاق أو أغلظه أو أطول الطلاق أو أعرضه أو أقصره أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في جميعها: يقع بائنا وقال صاحباه: إن قال: مثل الجبل كانت رجعية وإن قال: مثل عظم الجبل كانت بائنا

ووجه القولين ما تقدم ولأنه لا يملك إيقاع البينونة، فإنها حكم وليس ذلك إليه وإنما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة سببها فيثبت وإن أراد إثباتها بدون ذلك لم يثبت ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه أو عليها وأغلظ؛ لتعجلهما أو لحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زائد بالشك، وإن قال: أنت طالق أقصى الطلاق أو أكبره فكذلك في قياس المذهب ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا؛ لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة، ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين

وإن قال: أتم الطلاق أو أكمله فواحدة إلا أنها تكون سنية؛ لأنها أكمل الطلاق وأتمه.

[فصل قال أنت طالق أكثر الطلاق أو كله أو جميعه أو منتهاه أو مثل عدد الحصى]

(٦٠٦٢) فصل: وإن قال: أنت طالق أكثر الطلاق أو كله، أو جميعه أو منتهاه، أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثا؛ لأن هذا يقتضي عددا ولأن للطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث وإن قال: كعدد التراب أو الماء وقع ثلاثا وقال أبو حنيفة: يقع واحدة بائن؛ لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لا عدد له.

ولنا أن الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصا، وإن قال: يا مائة طالق أو: أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وإن قال: أنت طالق كمائة أو ألف فهي ثلاث قال أحمد في من قال: أنت

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٠١

طالق كألف تطليقة: فهي ثلاث، وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن لم تكن له نية وقعت واحدة؛ لأنه لم يصرح بالعدد وإنما شبهها بالألف وليس الموقع الشبه به ولنا أن قوله: كألف تشبيه بالعدد خاصة؛ لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله: أنت طالق كعدد ألف وفي هذا انفصال عما قال

وإن قال: أردت أنها طلقة كألف في صعوبتها دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين.

[فصل قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث]

(٦٠٦٣) فصل: وإن قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقع طلقتان وبهذا قال أبو حنيفة؛ لأن ما بعد الغاية." (١)

"أحدهما يتعلق الجميع بالشرط؛ لأنه بعدهما فيعود إليهما والثاني تقع الواحدة في الحال وتبقى الثلاث معلقة بدخول الدار؛ لأنه إنما ذكر الشرط عقيبها فتختص به، وإن قال: أنت طالق إن دخلت الدار؛ بل هذه فدخلت الأولى طلقتا

وإن دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما، فإن قال: أردت أن الثانية تطلق إن دخلت الدار قبل منه؛ لأنه محتمل لما قاله، وإن قال: أردت أنك تطلقين إذا دخلت الثانية الدار قبل منه؛ لأنه محتمل لما قاله، وكان طلاق الأولى وحدها معلقا على دخول كل واحدة منهما.

[فصل قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك]

(٦٠٦٦) فصل: إذا قال: أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو: طالق لا أو: طالق طلقة لا ينقص بها عدد طلاقك أو: طالق لا شيء أو: ليس بشيء طلقت واحدة؛ لأن ذلك رفع لجميع ما أوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع وإن قال ذلك خبرا فهو كذب؛ لأن الواحدة إذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

وإن قال: أنت طالق أو لا؟ لم يقع؛ لأن هذا استفهام فإذا اتصل به خرج من أن يكون لفظا لإيقاع ويخالف ما قبل ذلك؛ فإنه إيقاع ويحتمل أن يقع؛ لأن لفظه لفظ الإيقاع لا لفظ الاستفهام؛ لكون الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعده كالتي قبلها وإن قال: أنت طالق واحدة أو لا؟

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٠٩/٧

فكذلك وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو قياس قول الشافعي وقال محمد: يقع واحدة؛ لأن قوله: أو لا يرجع إلى ما يليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الإيقاع، وليس بصحيح؛ لأن الواحدة صفة للطلقة الواقعة فما اتصل بها يرجع إليها فصار كقوله: أنت طالق أو لا شيء.

[فصل قال أنت طالق بعد موتي أو موتك أو مع موتي أو موتك]

(٦٠٦٧) فصل: فإن قال: أنت طالق بعد موتي أو موتك أو مع موتي أو موتك لم تطلق نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا؛ لأنها تبين بموت أحدهما فلا يصادف الطلاق نكاحا يزيله، وإن تزوج أمة أبيه ثم قال: إذا مات أبي فأنت طالق فمات أبوه لم يقع الطلاق اختاره القاضي؛ لأنه بالموت يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال: أنت طالق مع موتي واختار أبو الخطاب أنه يقع؛ لأن الموت سبب ملكها وطلاقها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه.

وإن قال: إن اشتريتك فأنت طالق ثم اشتراها خرج على الوجهين، وإن قال الأب: إذا مت فأنت حرة وقال الابن: إذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من." (١)

"الثلث ثم مات الأب وقع العتق والطلاق معا وإن لم تخرج من الثلث، فإن بعضها ينتقل إلى الورثة فيملك الابن جزءا منها ينفسخ به النكاح فيكون كملك جميعها في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق، فإن أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن هذا ينبني على الإجازة هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة؟ فإن قلنا: هي عطية مبتدأة، فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق، وإن قلنا: هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق وهكذا إن أجاز الزوج وحده عتق أبيه، فإن كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق والصحيح أن ذلك لا يمنع نقل التركة إلى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح وإن كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد أداء الدين عتقت وطلقت، وإن لم يخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في فسخ النكاح ومنع الطلاق كما لو استغرق الدين التركة، وإن أسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق؛ لأن النكاح انفسخ قبل إسقاطه.

[فصل مسائل في الطلاق تنبني على نية الحالف وتأويله]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٢/٧

(٦٠٦٨) فصل: في مسائل تنبني على نية الحالف وتأويله؛ إذا قال: إن لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق أو أكل تمرا فقال: إن لم تخبريني بعدد ما أكلت فأنت طالق ولم تعلم ذلك، فإنها تعد له عددا يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك مثل أن يعلم أن عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد ذلك كله ولا يحنث إذا كانت نيته ذلك وإن نوى الإخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ إلا بذلك وإن أطلق ف قياس المذهب أنه لا يبرأ إلا بذلك أيضا؛ لأن ظاهر حال الحالف إرادته فتنصرف يمينه إليه كالأسماء العرفية التي تنصرف اليمين إلى مسماها عرفا دون مسماها حقيقة ولو أكلا تمرا فقال: إن لم تميزي نوى ما أكلت من نوى ما أكلت فأنت طالق فأفردت كل نواة وحدها فالقول فيها كالتي قبلها

وإن وقعت في ماء جار فحلف عليها: إن خرجت منه أو أقمت فيه فأنت طالق فقال القاضي: قياس المذهب أنه يحنث إلا أن ينوي عين الماء الذي هي فيه؛ لأن إطلاق يمينه يقتضي خروجها من النهر أو إقامتها فيه وقال أبو الخطاب: لا يحنث؛ لأن الماء المحلوف عليه جرى عنها وصارت في غيره فلم يحنث سواء أقامت أو خرجت؛ لأنها إنما تقف في غيره أو تخرج منه وكذلك قال القاضي في " المجرد " وهو مذهب الشافعي؛ لأن الأيمان عندهم تنبني على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا: لا يحنث في هذه الأيمان السابقة كلها

ولو قال: إن كانت امرأتي في السوق فعبدي حر، وإن كان عبدي في السوق فامرأتي طالق فكانا جميعا في السوق فقيل: يعتق العبد ولا تطلق المرأة؛ لأنه لما حنث في اليمين الأولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد ويحتمل أن يحنث؛ بناء على قولنا في من حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كمن." (١)

"شاك في التحليل ". وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا. وهو مذهب الشافعي. وحكي ذلك عن عطاء، ومالك. وقال القاضي: ظاهر المذهب أنها مباحة. قال أحمد، في رواية أبي طالب: لا تحتجب عنه.

وفي رواية أبي الحارث: تتشرف له ما كانت في العدة. فظاهر هذا أنها مباحة، وله أن يسافر بها، ويخلو بها، ويطأها. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأنها في حكم الزوجات، فأبيحت له كما قبل الطلاق. ووجه الأولى، أنها طلقة واقعة، فأثبتت التحريم، كالتي بعوض. ولا خلاف في أنه لا حد عليه بالوطء. ولا ينبغي أن يلزمه مهر، سواء راجع أو لم يراجع؛ لأنه وطئ زوجته التي يلحقها طلاقه، فلم يكن عليه مهر، كسائر الزوجات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٣/٧

ويفارق ما لو وطئ الزوج بعد إسلام أحدهما في العدة؛ حيث يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة؛ لأنه إذا لم يسلم، تبينا أن الفرقة وقعت من حين إسلام المسلم الأول منهما، وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه، فأشبهت التي أرضعت من ينفسخ نكاحها برضاعه، وفي مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة، فافترقا. وقال أبو الخطاب: إذا أكرهها على الوطء، وجب عليه المهر عند من حرمها. وهو المنصوص عن الشافعي؛ لأنه وطء حرمه الطلاق، فوجب به المهر، كوطء البائن. والفرق ظاهر؛ فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجته، و قياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيد.

[مسألة للعبد في الطلاق بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث]

(٦٠٧٩) مسألة قال: (وللعبد بعد الواحدة، ما للحر قبل الثلاث) أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة، إذا وجدت شروطها. فإن طلقها ثانية، فلا رجعة له، سواء كانت امرأته حرة، أو أمة؛ لأن طلاق العبد اثنتان، وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى.

[مسألة كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما]

(٦٠٨٠) مسألة قال: (ولو كانت حاملا باثنين، فوضعت أحدهما، فله مراجعتها، ما لم تضع الثاني) هذا قول عامة العلماء، إلا أنه حكي عن عكرمة، أن العدة تنقضي بوضع الأول. وما عليه سائر أهل العلم أصح؛ فإن العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله؛ لقول الله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] واسم الحمل متناول لكل ما في البطن، فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل، فتبقى الرجعة ببقائها.

ولو انقضت العدة بوضع بعض الحمل، لحل لها التزويج وهي حامل من زوج آخر، ولا قائل به. وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة: تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين. فقال له قتادة: أيحل لها بأن تتزوج؟ . قال: لا قال: خصم العبد. ولو خرج بعض الولد، فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح؛ لأنها لم تضع جميع حملها، فصارت كمن ولدت أحد الولدين.." (١)

"وقال القاضي: قياس المذهب أن لا يجب عليها يمين. وقد أومأ إليه أحمد، فقال: لا يمين في نكاح ولا طلاق. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن الرجعة لا يصح بذلها، فلا يستحلف فيها، كالحدود. والأول؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٠/٧

أولى؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «اليمين على المدعى عليه» . ولأنه حق آدمي يمكن صدق مدعيه، فيجب اليمين فيه، كالأموال.

فإن نكلت عن اليمين، فقال القاضي: لا يقضى بالنكول؛ لأنه مما لا يصح بذله. ويحتمل أن يستحلف الزوج، وله رجعتها، بناء على القول برد اليمين على المدعي؛ وذلك؛ لأنه لما وجد النكول منها، ظهر صدق الزوج، وقوي جانبه، واليمين تشرع في حق من قوي جانبه، ولذلك شرعت في حق المدعى عليه لقوة جانبه باليد في العين، وبالأصل في براءة الذمة في الدين. هذا مذهب الشافعي.

[فصل ادعى الزوج في عدتها أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر]

(٦٠٩١) فصل: وإذا ادعى الزوج في عدتها أنه كان راجعها أمس، أو منذ شهر قبل قوله؛ لأنه لما ملك الرجعة، ملك الإقرار بها، كالطلاق. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي، وغيرهم.

وإن قال بعد انقضاء عدتها: كنت راجعتك في عدتك. فأنكرته، فالقول قولها بإجماعهم؛ لأنه ادعاها في زمن لا يملكها، والأصل عدمها وحصول البينونة. فإن كان اختلافهما في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها، وبقاؤها، فبدأت فقالت: انقضت عدتي. فقال: قد كنت راجعتك. فأنكرته، لم يقبل قوله؛ لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول؛ لإمكانه، فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها، فلم تقبل. فإن سبقها بالدعوى، فقال: قد كنت راجعتك أمس. فقالت: قد انقضت عدتي قبل دعواك. فالقول قوله؛ لأن دعواه للرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها في زمن الظاهر قبول قوله فيه، فلا يقبل قولها بعد ذلك في إبطاله.

ولو سبق فقال: قد راجعتك. فقالت: قد انقضت عدتي قبل رجعتك. فأنكرها، فقال القاضي: القول قوله؛ لما ذكرنا. وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي. وظاهر كلام الخرقي، أن قولها مقبول، سواء سبقها بالدعوى، أو سبقته. وهو وجه ثان لأصحاب الشافعي؛ لأن الظاهر البينونة، والأصل عدم الرجعة، فكان الظاهر معها، ولأن من قبل قوله سابقا، قبل قوله مسبوقا، كسائر من يقبل قوله.

ولهم وجه ثالث، أن القول قول الزوج بكل حال؛ لأن المرأة تدعي ما يرفع النكاح وهو ينكره، فكان القول قوله، كما لو ادعى المولي والعنين إصابة امرأته، فأنكرته. وهذا لا يصح، فإنه قد انعقد سبب البينونة، وهو مفض إليها، ما لم يوجد ما يرفعه ويزيل حكمه، والأصل عدمه، فكان القول [قول] من ينكره، بخلاف ما قاسوا عليه. وإن وقع القول منهما جميعا، فلا رجعة؛ لأن خبرها بانقضاء عدتها يكون." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٨/٧

"بجوابه، ولا يذكره أهل العربية في باب القسم، فلا يكون إيلاء، وإنما يسمى حلفا تجوزا، لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم، وهو الحث على الفعل أو المنع منه، أو توكيد الخبر، والكلام عند إطلاقه لحقيقته؛ ويدل على هذا قول الله تعالى ﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ٢٢٦] . وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله. وأيضا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من حلف بغير الله فقد أشرك» . وقوله: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم» متفق عليه.

وإن سلمنا أن غير القسم حلف، لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم، وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل، ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء؛ لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئا يمنع من الوطء، فلا يكون إيلاء، كالخبر بغير القسم.

وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله: إن وطئتك فعبدي حر. أو: فأنت طالق. أو: فأنت علي كظهر أمي. أو: فأنت علي حرام. أو: فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة. فهذا يكون إيلاء؛ لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه. وإن قال: إن وطئتك فأنت زانية. لم يكن موليا؛ لأنه لا يلزمه بالوطء حق، ولا يصير قاذفا بالوطء؛ لأن القذف لا يتعلق بالشرط، ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها، كما لا تصير زانية بطلوع الشمس.

وإن قال: إن وطئتك، فلله علي صوم هذا الشهر. لم يكن موليا؛ لأنه لو وطئها بعد مضيه، لم يلزمه حق، فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه، فلا يلزم بالنذر، كما لو قال: إن وطئتك، فلله علي صوم أمس. وإن قال: إن وطئتك، فلله علي أن أصلي عشرين ركعة. كان موليا. وقال أبو حنيفة: لا يكون موليا؛ لأن الصلاة لا يتعلق بها مال، ولا تتعلق بمال، فلا يكون الحالف بها موليا، كما لو قال: إن وطئتك، فلله علي أن أمشي في السوق. ولنا، أن الصلاة تجب بالنذر، فكان الحالف بها موليا، كالصوم والحج، وما ذكره لا يصح؛ فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة.

وأما المشي في السوق، فقياس المذهب على هذه الرواية، أنه يكون موليا؛ لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين؛: إما الكفارة، وإما المشي، فقد صار الحنث موجبا لحق عليه، فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضا، فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب، وإن سلمنا، فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر، بخلاف مسألتنا. وإذا استثنى في يمينه، لم يكن موليا في قول الجميع؛ لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث، فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه. وهذا إذا كانت اليمين." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣٧/٧

"أخذه لمالها أو مال غيرها من غير رضى صاحبه محرم، فجرى مجرى شرب الخمر.
وإن قال: والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا. أو: أفعل في حقك جميلا. لم يكن إيلاء؛ لأن فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع، فجرى مجرى قوله: حتى أصوم يوما.

[فصل قال والله لا وطئتك إلا برضاك]

(٦١٠٩) فصل: وإن قال: والله لا وطئتك إلا برضاك. لم يكن موليا؛ لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث، ولأنه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها. وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث، كقوله: والله لا وطئتك مكرهة، أو محزونة. ونحو ذلك فإنه لا يكون موليا. وإن قال: والله لا وطئتك مريضة. لم يكن موليا لذلك، إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه، أو لا يزول في أربعة أشهر، فينبغي أن يكون موليا؛ لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر. فإن قال ذلك لها وهي صحيحة، فمرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر، لم يصر موليا، وإن لم يرج برؤه فيها، صار موليا.
وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر، صار موليا؛ لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله. وإن قال: والله لا وطئتك حائضا. ولا نفساء، ولا محرمة، ولا صائمة. ونحو هذا، لم يكن موليا؛ لأن ذلك محرم ممنوع منه شرعا، فقد أكد منع نفسه منه بيمينه. وإن قال: والله لا وطئتك طاهرا. أو: لا وطئتك وطئا مباحا. صار موليا؛ لأنه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة، فكان موليا، كما لو قال: والله لا وطئتك في قبلك. وإن قال: والله لا وطئتك ليلا. أو: والله لا وطئتك نهارا. لم يكن موليا؛ لأن الوطء يمكن بدون الحنث.
وإن قال: والله لا وطئتك في هذه البلدة. أو: في هذا البيت. أو نحو ذلك من الأمكنة المعينة، لم يكن موليا. وهذا قول الثوري، والأوزاعي، والشافعي، والنعمان، وصاحبيه. وقال ابن أبي ليلى، وإسحاق: هو مول؛ لأنه حالف على ترك وطئها. ولنا أنه يمكن وطؤها بغير حنث، فلم يكن موليا، كما لو استثنى في يمينه.

[فصل حلف على ترك وطئها عاما ثم كفر عن يمينه]

(٦١١٠) فصل: وإن حلف على ترك وطئها عاما، ثم كفر عن يمينه، انحل الإيلاء. قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: المولي يكفر عن يمينه قبل مضي الأربعة الأشهر؟ قال يذهب عنه الإيلاء، ولا يوقف بعد الأربعة، وذهب الإيلاء حين ذهبت اليمين. وذلك لأنه لم يبق ممنوعا من الوطء بيمينه، فأشبه من حلف واستثنى. فإن كان تكفيره قبل مضي الأربعة الأشهر، انحل الإيلاء حين التكفير، وصار كالحالف على ترك الوطء أقل

من أربعة أشهر. وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقوف، صار كالحالف على أكثر منها، إذا مضت مدة يمينه قبل وقفه.." [١]

"الإيلاء قبل الدخول وبعده. وبهذا قال النخعي، ومالك، والأوزاعي، والشافعي. وقال عطاء، والزهري، والثوري: إنما يصح الإيلاء بعد الدخول. ولنا عموم الآية والمعنى، لأنه ممتنع من جماع زوجته بيمينه، فأشبه ما بعد الدخول. ويصح الإيلاء من المجنونة والصغيرة، إلا أنه لا يطالب بالفيئة في الصغر والجنون؛ لأنهما ليسا من أهل المطالبة.

فأما الرتقاء والقرناء، فلا يصح الإيلاء منهما؛ لأن الوطء متعذر دائما، فلم تنعقد اليمين على تركه، كما لو حلف لا يصعد السماء. ويحتمل أن يصح، وتضرب له المدة؛ لأن المنع بسبب من جهتها، فهي كالمريضة. فعلى هذا ينبغي أن يفيء فيئة المعذور؛ لأن الفيئة بالوطء في حقها متعذرة، فلا تمكن المطالبة به، فأشبه المجبوب.

(٦١٢٣) فصل: ويصح الإيلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء.

وأما الصبي والمجنون، فلا يصح إيلاؤهما؛ لأن القلم مرفوع عنهما، ولأنه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق، فلم ينعقد منهما كالنذر. وأما العاجز عن الوطء، فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس، صح إيلاؤه؛ لأنه يقدر على الوطء، فصح منه الامتناع منه، وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل، لم يصح إيلاؤه؛ لأنها يمين على ترك مستحيل، فلم تنعقد، كما لو حلف أن لا يقلب الحجارة ذهبا، ولأن الإيلاء اليمين المانعة من الوطء، وهذا لا يمنعه يمينه، فإنه متعذر منه، ولا تضر المرأة يمينه. قال أبو الخطاب: ويحتمل أن يصح الإيلاء منه قياسا على العاجز بمرض أو حبس وللشافعي في ذلك قولان. والأول أولى؛ لما ذكرنا.

فأما الخصي الذي سلت بيضتاه، أو رضت، فيمكن منه الوطء، وينزل ماء رقيقا فيصح إيلاؤه. وكذلك المجبوب الذي بقي من ذكره ما يمكن الجماع به.

[فصل إيلاء الذمي]

(٦١٢٤) فصل: ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤١/٧

وأبو ثور. وإن أسلم، لم ينقطع حكم إيلائه. وقال مالك: إن أسلم، سقط حكم يمينه. وقال أبو يوسف، ومحمد: إن حلف بالله، لم يكن موليا؛ لأنه لا يحنث إذا جامع، لكونه غير مكلف، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق، فهو مول؛ لأنه يصح عتقه وطلاقه. ولنا قول الله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ [البقرة: ٢٢٦] . ولأنه مانع نفسه باليمين من جماعها، فكان موليا كالمسلم، ولأن من صح طلاقه، صح إيلاؤه، كالمسلم، ومن صحت يمينه عند الحاكم، صح إيلاؤه كالمسلم.." (١)

"في مدتها، وهذه ضربت تأخيرا له وتأجيلا، ولا يستحق المطالبة إلا بعد مضي الأجل، كالدين.

[فصل ابتداء مدة الإيلاء]

(٦١٣١) فصل: وابتداء المدة من حين اليمين، ولا يفتقر إلى ضرب مدة؛ لأنها ثبتت بالنص والإجماع، فلم تفتقر إلى ضرب، كمدة العنة. ولا يطالب بالوطء فيها؛ لما ذكرنا، فإن وطئها فيها فقد عجل حقها قبل محله، وخرج من الإيلاء، كمن عليه دين دفعه قبل الأجل. وهكذا إن وطئ بعد المدة، قبل المطالبة أو بعدها، خرج من الإيلاء. وسواء وطئها وهي عاقلة أو مجنونة، أو يقظانة أو نائمة؛ لأنه فعل ما حلف عليه، فإن وطئها وهو مجنون، لم يحنث. ذكره ابن حامد. وهو قول الشعبي. وقال أبو بكر: يحنث، وعليه الكفارة؛ لأنه فعل ما حلف عليه.

والأول أصح؛ لأنه غير مكلف، والقلم عنه مرفوع، ويخرج بوطئه عن الإيلاء؛ لأنه قد وفاها حقها، وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل، وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه. ذكر هذا ابن حامد. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وذكر القاضي ما يدل على أنه يبقى موليا؛ فإنه قال: إذا وطئ بعد إفاقته، تجب عليه الكفارة؛ لأن وطأه الأول ما حنث به، وإذا بقيت يمينه، بقي الإيلاء، كما لو لم يطأ. وهذا قول المزني. وينبغي أن يستأنف له مدة الإيلاء من حين وطئ؛ لأنه لا ينبغي أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه، ولا يطلق عليه؛ لانتفائها وهي موجودة، ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه. وقيل: تضرب له المدة إذا عقل؛ لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه.

ومن قال بالأول قال: قد وفاها حقها، فلم يبق الإيلاء، كما لو حنث، ولا يمتنع انتفاء الإيلاء مع اليمين، كما لو حلف لا يطأ أجنبية، ثم تزوجها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٩/٧

[فصل وطئ العاقل ناسيا ليمينه]

(٦١٣٢) فصل: وإن وطئ العاقل ناسيا ليمينه، فهل يحنث؟ على روايتين. فإن قلنا: يحنث. انحل إيلاؤه، وذهبت يمينه. وإن قلنا: لا يحنث. فهل ينحل إيلاؤه؟ على وجهين، قياسا على المجنون. وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه، ثم وجدها على فراشه، فظنها الأخرى، فوطئها؛ لأنه جاهل بها، والجاهل كالناسي في الحنث. وكذلك إن ظنها أجنبية فبانت زوجته. وإن استدخلت ذكره وهو نائم، لم يحنث؛ لأنه لم يفعل ما حلف عليه، ولأن القلم مرفوع عنه. وهل يخرج من حكم الإيلاء؟ يحتمل وجهين: أحدهما، يخرج؛ لأن المرأة وصلت إلى حقها، فأشبه ما لو وطئ.." [١]

"والثاني، لا يخرج من حكم الإيلاء؛ لأنه ما وفاها حقها، وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين، فكان موليا، كما لو لم يفعل به ذلك. والحكم فيما إذا وطئ وهو نائم كذلك؛ لأنه لا يحنث به.

[فصل وطئها وطئا محرما]

(٦١٣٣) فصل: وإن وطئها وطئا محرما، مثل أن وطئها حائضا، أو نفساء، أو محرمة، أو صائمة صوم فرض، أو كان محرما، أو صائما، أو مظاهرا، حنث، وخرج من الإيلاء. وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو بكر: قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء؛ لأنه وطء لا يؤمر به في الفيئة، فلم يخرج به من الإيلاء، كالوطء في الدبر. ولا يصح هذا؛ لأن يمينه انحلت، ولم يبق ممتنعا من الوطء بحكم اليمين، فلم يبق الإيلاء، كما لو كفر عن يمينه، أو كما لو وطئها مريضة. وقد نص أحمد، في من حلف، ثم كفر يمينه؛ أنه لا يبقى موليا، لعدم حكم اليمين مع أنه ما وفاها حقها، فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه فيها أولى.

وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر، أنهما إذا وطئا فقد وفياها حقها. وفارق الوطء في الدبر؛ فإنه لا يحنث به، وليس بمحل للوطء، بخلاف مسألتنا.

[فصل آلى منها وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج]

(٦١٣٤) فصل: وإذا آلى منها، وثم عذر يمنع الوطء من جهة الزوج، كمرضه، أو حبسه، أو إحرامه، أو صيامه، حسبت عليه المدة من حين إيلائه؛ لأن المانع من جهته، وقد وجد التمكين الذي عليها. ولذلك لو أمكنته من نفسها، وكان ممتنعا لعذر، وجبت لها النفقة. وإن طرأ شيء من هذه الأعذار بعد الإيلاء، أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٥٤

جن، لم تنقطع المدة؛ للمعنى الذي ذكرناه. وإن كان المانع من جهتها، نظرنا؛ فإن كان حيضا، لم يمنع ضرب المدة؛ لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة؛ لأن الحيض في الغالب لا يخلو منه شهر، فيؤدي ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء، وإن طرأ الحيض، لم يقطع المدة؛ لما ذكرناه.
وفي النفاس وجهان؛ أحدهما، هو كالحيض؛ لأن أحكامه أحكام الحيض. والثاني، هو كسائر الأعذار التي من جهتها؛ لأنه نادر غير معتاد، فأشبه سائر الأعذار. وأما سائر الأعذار التي من جهتها؛ كصغرها ومرضها، وحبسها، وإحرامها، وصيامها واعتكافها المفروضين، ونشوزها، وغيبتها، فمتى وجد منها شيء حال الإيلاء، لم تضرب له المدة حتى يزول؛ لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها، والمنع هاهنا من قبلها. وإن وجد شيء من هذه الأسباب، استؤنفت المدة، ولم يبن على ما مضى؛ لأن قوله سبحانه ﴿تربص أربعة أشهر﴾ [البقرة: ٢٢٦] يقتضي متوالية. فإذا قطعتها، وجب استئنافها، كمدة الشهرين في صوم الكفارة.." (١)

"وإن حنث وهربت من يده، انقطعت المدة.

وإن بقيت في يده وأمكنه وطؤها، احتسب عليه بها. فإن قيل: فهذه الأسباب منها ما لا صنع لها فيه، فلا ينبغي أن تقطع المدة، كالحيض. قلنا: إذا كان المنع لمعنى فيها، فلا فرق بين كونه بفعلها، أو بغير فعلها. كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه، لم يتوجه له المطالبة بعوضه، سواء كان لعذر أو غير عذر. وإن آلى في الردة، لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام. وإن طرأت الردة في أثناء المدة، انقطعت؛ لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء، فإذا عاد إلى الإسلام، استؤنفت المدة، سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما. وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين، أو خالعها، ثم تزوجها. والله أعلم.

[فصل إذا انقضت مدة الإيلاء]

(٦١٣٥) فصل: وإذا انقضت المدة، فلها المطالبة بالفيئة إن لم يكن عذر. فإن طالبته، فطلب الإمهال، فإن لم يكن له عذر، لم يمهل؛ لأنه حق توجه عليه، لا عذر له فيه، فلم يمهل به، كالدين الحال، ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر، فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر، وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من الجماع في حكم العادة؛ فإنه لا يلزمه الوطء في مجلسه، وليس ذلك بإمهال. فإن قال: أمهلوني حتى آكل فإني

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٥٥

جائع، أو حتى ينهضم الطعام فإني كظيظ. أو أصلي الفرض، أو أفطر من صومي. أمهل بقدر ذلك؛ فإنه يعتبر أن يصير إلى حال يجامع في مثلها في العادة. وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته؛ لأن العادة فعل ذلك في بيته.

وإن كان لها عذر يمنع من وطئها، لم يكن لها المطالبة بالفيئة؛ لأن الوطء ممتنع من جهتها، فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه، ولأن المطالبة مع الاستحقاق، وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال، وليس لها المطالبة بالطلاق؛ لأنه إنما يستحق عند امتناعه من الفيئة الواجبة، ولم يجب عليه شيء، ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر، إن لم يكن العذر قاطعا للمدة كالحيض، أو كان العذر حدث بعد انقضاء المدة.

[فصل عفت الزوجة عن المطالبة بعد وجوبها الإيلاء]

(٦١٣٦) فصل: فإن عفت عن المطالبة بعد وجوبها، فقال بعض أصحابنا: يسقط حقها، وليس لها المطالبة بعده. وقال القاضي: هذا قياس المذهب؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها من الفسخ لعدم الوطء، فسقط حقها منه، كامرأة العنين إذا رضيت بعنته. ويحتمل أن لا يسقط حقها، ولها المطالبة متى شاءت. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها تثبت لرفع الضرر بترك ما يتجدد مع الأحوال، فكان لها الرجوع، كما لو أعسر بالنفقة، فعفت عن المطالبة بالفسخ، ثم طالبت، وفارق الفسخ للعنة؛ فإنه فسخ لعيبه، فمتى رضيت بالعيب، سقط حقها، كما لو عفا المشتري عن." (١)

"يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها. ولا يحتاج أن يقول: ندمت؛ لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين، وقد حصل بظهور عزمه عليه. وحكى أبو الخطاب عن القاضي، أن فيئة المعذور أن يقول: فئت إليك. وهو قول الثوري، وأبي عبيد، وأصحاب الرأي.

والذي ذكره القاضي في " المجرد " مثل ما ذكر الخرقي، وهو أحسن؛ لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه، دليل على ترك قصد الإضرار، وفيه نوع من الاعتذار، وإخبار بإزالته للضرر عند إمكانه، ولا يحصل بقوله: فئت إليك شيء من هذا. فأما العاجز لجب أو شلل، ففيئته أن يقول: لو قدرت لجامعتها؛ لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٥٦

[فصل المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق]

(٦١٤٤) فصل: والإحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقي. وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار. وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل، ويؤمر بالطلاق. فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله. وهو مذهب الشافعي؛ لأن الامتناع بسبب منه، فلا يسقط حكما واجبا عليه. فعلى هذا لا يؤمر بالوطء؛ لأنه محرم عليه، ولكن يؤمر بالطلاق. ووجه القول الأول، أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه، فأشبه المريض. فأما المظاهر، فيقال له: إما أن تكفر وتفيء، وإما أن تطلق. فإن قال: أمهلوني حتى أطلب رقبة، أو أطعم. فإن علم أنه قادر على التكفير في الحال، وإنما يقصد المدافعة والتأخير، لم يمهل؛ لأن الحق حال عليه. وإنما يمهل للحاجة، ولا حاجة.

وإن لم يعلم ذلك، أمهل ثلاثة أيام؛ لأنها قريبة، ولا يزاد على ذلك. وإن كان فرضه الصيام، فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين، لم يمهل؛ لأنه كثير. ويتخرج أن يفيء بلسانه فيئة المعذور، ويمهل حتى يصوم، كقولنا في المحرم. فإن وطئها فقد عصى، وانحل إيلاؤه. ولها منعه منه؛ لأن هذا الوطء محرم عليهما. وقال القاضي: يلزمها التمكين، وإن امتنعت سقط حقها؛ لأن حقها في الوطء، وقد بذله لها، ومتى وطئها فقد وفاها حقها، والتحريم عليه دونها. ولنا أنه وطء حرام، فلا يلزم التمكين منه، كالوطء في الحيض والنفاس. وهذا ينقض دليلهم.

ولا نسلم كون التحريم عليه دونها؛ فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر؛ لكونه فعلا واحدا، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم، لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها؛ لاختصاصها بسببه.

[فصل انقضت مدة الإيلاء وهو محبوس بحق يمكن أداؤه]

(٦١٤٥) فصل: وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أداؤه، طولب بالفيئة؛ لأنه قادر عليها بأداء ما عليه. فإن لم." (١)

"ظهارا. ولم أره يلزمه فيه شيء؛ وذلك لأنه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع، أشبه التشبيه بمال غيره. وقال أبو الخطاب في قوله: أنت علي كالميتة والدم: إن نوى به الطلاق كان طلاقا، وإن نوى الظهار كان ظهارا، وإن نوى اليمين كان يمينا، وإن لم ينو شيئا ففيه روايتان؛ إحداهما، هو ظهار. والأخرى،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٦١

هو يمين. ولم يتحقق عندي معنى إرادته الظهار واليمين. والله أعلم.

[فصل قال لزوجته أنت عندي، أو مني أو معي كظهر أمي]

(٦١٦٧) فصل: فإن قال: أنت عندي، أو مني، أو معي، كظهر أمي. كان ظهارا بمنزلة علي؛ لأن هذه الألفاظ في معناه. وإن قال: جملتك، أو بدنك، أو جسمك، أو ذاتك، أو كلك علي كظهر أمي. كان ظهارا؛ لأنه أشار إليها. فهو كقوله: أنت. وإن قال: أنت كظهر أمي. كان ظهارا؛ لأنه أتى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم إليه، كما لو قال: أنت طالق. وقال بعض الشافعية: ليس بظهار؛ لأنه فيه ما يدل على أن ذلك في حقه. وليس بصحيح، فإنها إذا كانت كظهر أمه، فظهر أمه، محرم عليه.

[فصل قال أنت علي كأمي أو مثل أمي ونوى به الظهار]

(٦١٦٨) فصل: وإن قال: أنت علي كأمي. أو: مثل أمي. ونوى به الظهار، فهو ظهار، في قول عامة العلماء؛ منهم أبو حنيفة، وصاحباه، والشافعي، وإسحاق. وإن نوى به الكرامة والتوقير، أو أنها مثلها في الكبر، أو الصفة، فليس بظهار. والقول قوله في نيته. وإن أطلق، فقال أبو بكر: هو صريح في الظهار. وهو قول مالك، ومحمد بن الحسن. وقال ابن أبي موسى: فيه روايتان، أظهرهما أنه ليس بظهار حتى ينويه. وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأن هذا اللفظ يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم، فلم ينصرف إليه بغير نية، ككنايات الطلاق.

ووجه الأول أنه شبه امرأته بجملة أمه، فكان مشبها لها بظهرها، فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفردا. والذي يصح عندي في قياس المذهب، أنه إن وجدت قرينة تدل على الظهار، مثل أن يخرجه مخرج الحلف، فيقول: إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي. أو قال ذلك حال الخصومة والغضب، فهو ظهار؛ لأنه إذا خرج مخرج الحلف، فالحلف يراد للامتناع من شيء، أو الحث عليه، وإنما يحصل ذلك بتحريمها عليه، ولأن كونها مثل أمه في صفتها أو كرامتها. لا يتعلق على شرط، فيدل على أنه إنما أراد الظهار، ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب، دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأذاها، ويوجب اجتنابها، وهو الظهار. وإن عدم هذا فليس بظهار؛ لأنه محتمل لغير الظهار احتمالا كثيرا." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٧

"وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالإطعام مثل ذلك، وأنه يحرم وطؤها قبل التكفير؛ منهم عطاء، والزهري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وذهب أبو ثور إلى إباحة الجماع قبل التكفير بالإطعام. وعن أحمد ما يقتضي ذلك؛ لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله، كما في العتق والصيام.

ولنا ما روى عكرمة، عن ابن عباس، «أن رجلا أتى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: يا رسول الله، إني تظاهرت من امرأتي، فوقعت عليها قبل أن أكفر. فقال: ما حملك على ذلك، يرحمك الله؟ قال: رأيت خلخالها في ضوء القمر. قال: فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله.» رواه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن. ولأنه مظاهر لم يكفر، فحرم عليه جماعها، كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام، وترك النص عليها لا يمنع قياسها على المنصوص الذي في معناها. (٦١٧٩) فصل: فأما التلذذ بما دون الجماع، من القبلة، واللمس، والمباشرة فيما دون الفرج، ففيه روايتان: إحداهما يحرم. وهو اختيار أبي بكر وهو قول الزهري، ومالك، والأوزاعي، وأبي عبيد وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن النخعي، وهو أحد قولي الشافعي؛ لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه، كالطلاق والإحرام. والثانية، لا يحرم. قال أحمد: أرجو أن لا يكون به بأس. وهو قول الثوري، وإسحاق، وأبي حنيفة. وحكي عن مالك. وهو القول الثاني للشافعي؛ لأنه وطء يتعلق بتحريمه مال، فلم يتجاوزه التحريم، كوطء الحائض.

[فصل لا يصح الظهار من أمته، ولا أم ولده]

(٦١٨٠) فصل: ولا يصح الظهار من أمته، ولا أم ولده. روي ذلك عن ابن عمر، وعبد الله بن عمرو، وسعيد بن المسيب، ومجاهد، والشعبي، وربيعة، والأوزاعي، والشافعي، وأبي حنيفة وأصحابه. وروي عن الحسن، وعكرمة، والنخعي، وعمرو بن دينار، وسليمان بن يسار، والزهري، وقتادة، والحكم، والثوري، ومالك، في الظهار من الأمة كفارة تامة؛ لأنها مباحة له، فصح الظهار منها كالزوجة. وعن الحسن، والأوزاعي، إن كان يطؤها فهو ظهار، وإلا فلا؛ لأنه إذا لم يطأها فهو كتحريم ماله.." (١)

"ثمنها فاضلا عن حاجته، ووجدها به، لم يجزئه إلا الإعتاق؛ لأن وجود المبدل إذا منع الانتقال إلى البدل، كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال، كالماء وثمنه، يمنع الانتقال إلى التيمم.

(٦١٩٧) المسألة الثانية: أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار، وسائر الكفارات. هذا ظاهر المذهب. وهو قول الحسن، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي عبيد. وعن أحمد، رواية ثانية، أنه يجزئ

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٢

فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره، عتق رقبة ذمية. وهو قول عطاء، والنخعي، والثوري، وأبي ثور، وأصحاب الرأي، وابن المنذر؛ لأن الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة، فوجب أن يجزئ ما تناوله الإطلاق.

ولنا، ما روى «معاوية بن الحكم، قال: كانت لي جارية، فأتيت النبي – صلى الله عليه وسلم – فقلت: علي رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: أين الله؟ قالت: في السماء. قال: من أنا؟ . قالت: أنت رسول الله. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: أعتقها؛ فإنها مؤمنة» . أخرجه مسلم، والنسائي. فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة التي عليه بأنها مؤمنة، فدل على أنه لا يجزئ عن الرقبة التي عليه إلا مؤمنة، ولأنه تكفير بعتق، فلم يجز إلا مؤمنة، ككفارة القتل. والمطلق يحمل على المقيد من جهة ال قياس إذا وجد المعنى فيه، ولا بد من تقييده، فإنا أجمعنا على أنه لا يجزئ إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا، فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى.

[مسألة ما يشترط في كفارة الظهار]

(٦١٩٨) المسألة الثالثة: أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا؛ لأن المقصود تمليك العبد منافعه، ويمكنه من التصرف لنفسه، ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضررا بينا، فلا يجزئ الأعمى؛ لأنه لا يمكنه العمل في أكثر الصنائع، ولا المقعد، ولا المقطوع اليدين أو الرجلين؛ لأن اليدين آلة البطش، فلا يمكنه العمل مع فقدهما، والرجلان آلة المشي، فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما. والشلل كالقطع في هذا. ولا يجزئ المجنون جنونا مطبقا، لأنه وجد فيه المعنيان، ذهاب منفعة الجنس، وحصول الضرر بالعمل. وبهذا كله قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وحكي عن داود، أنه جوز عتق كل رقبة يقع عليها الاسم، أخذا بإطلاق اللفظ. ولنا أن هذا نوع كفارة، فلم يجزئ ما يقع عليه الاسم كالإطعام؛ فإنه لا يجزئ أن يطعم مسوسا ولا عفنا، وإن كان يسمى طعاما. والآية مقيدة بما ذكرناه.." (١)

"وأجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعا، إذا حاضت قبل إتمامه، تقضي إذا طهرت، وتبني. وذلك؛ لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الإياس، وفيه تغرير بالصوم؛ لأنها ربما ماتت قبله. والنفاس كالحيض، في أنه لا يقطع التتابع في أحد الوجهين؛ لأنه بمنزلته في أحكامه، ولأن الفطر لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢/٨

يحصل فيهما بفعلهما، وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقهما. والوجه الثاني، أن النفاس يقطع التتابع؛ لأنه فطر أمكن التحرز منه، لا يتكرر كل عام. فقطع التتابع، كالفطر لغير عذر. ولا يصح قياسه على الحيض؛ لأنه أندر منه، ويمكن التحرز عنه.

وإن أفطر لمرض مخوف، لم ينقطع التتابع أيضا. روي ذلك عن ابن عباس. وبه قال ابن المسيب، والحسن، وعطاء، والشعبي، وطاوس، ومجاهد، ومالك، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر، والشافعي في القديم. وقال في الجديد: ينقطع التتابع. وهذا قول سعيد بن جبير، والنخعي، والحكم، والثوري، وأصحاب الرأي؛ لأنه أفطر بفعله، فلزمه الاستئناف، كما لو أفطر لسفر.

ولنا، أنه أفطر لسبب لا صنع له فيه، فلم يقطع التتابع، كإفطار المرأة للحيض. وما ذكروه من الأصل ممنوع. وإن كان المرض غير مخوف، لكنه يبيح الفطر، فقال أبو الخطاب: فيه وجهان أحدهما، لا يقطع التتابع؛ لأنه مرض أباح الفطر، أشبه المخوف. والثاني، يقطع التتابع؛ لأنه أفطر اختيارا، فانقطع التتابع، كما لو أفطر لغير عذر. فأما الحامل والمرضع، فإن أفطرتا خوفا على أنفسهما، فهما كالمريض، وإن أفطرتا خوفا على ولديهما. ففيهما وجهان أحدهما، لا ينقطع التتابع. اختاره أبو الخطاب؛ لأنه فطر أبيح لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما، فلم ينقطع التتابع، كما لو أفطرتا خوفا على أنفسهما. والثاني، ينقطع؛ لأن الخوف على غيرهما، ولذلك يلزمهما الفدية مع القضاء.

وإن أفطر لجنون، أو إغماء، لم ينقطع التتابع؛ لأنه عذر لا صنع له فيه، فهو كالحيض.

[فصل صام في كفارة الظهار ثم أفطر لسفر مبيح للفطر]

(٦٢٠٧) فصل: وإن أفطر لسفر مبيح للفطر، فكلام أحمد يحتمل الأمرين؛ وأظهرهما، أنه لا يقطع التتابع؛ فإنه قال في رواية الأثرم: كان السفر غير المرض، وما ينبغي أن يكون أوكد من رمضان. فظاهر هذا أنه لا يقطع التتابع. وهذا قول الحسن. ويحتمل أن ينقطع به التتابع. وهو قول مالك وأصحاب الرأي. واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: فيه قولان كالمرض. ومنهم من يقول: ينقطع التتابع، وجها واحدا؛ لأن السفر يحصل باختياره، فقطع التتابع، كما لو أفطر لغير عذر.." (١)

"أجزأه. وحكاه القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد؛ لأن هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة، فجاز أن يعطى منها، كاليوم الأول.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٧

ولنا قول الله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكينا﴾ [المجادلة: ٤] . وهذا لم يطعم إلا واحدا، فلم يمتثل الأمر، ولأنه لم يطعم ستين مسكينا، فلم يجزئه، كما لو دفعها إليه في يوم واحد، ولأنه لو جاز الدفع إليه في أيام، لجاز في يوم واحد، كالزكاة وصدقة الفطر، يحقق هذا أن الله أمر بعدد المساكين، لا بعدد الأيام، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين، والمعنى في اليوم الأول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة، وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها، وأخذ منها قوت يوم، فلم يجز أن يدفع إليه في اليوم الثاني، كما لو أوصى إنسان بشيء لستين مسكينا.

[مسألة مقدار إطعام المسكين في الظهار]

(٦٢١١) مسألة قال: (لكل مسكين مد من بر أو نصف صاع من تمر أو شعير) وجملة الأمر، أن قدر الطعام في الكفارات كلها مد من بر لكل مسكين، أو نصف صاع من تمر أو شعير. وممن قال: مد بر. زيد بن ثابت، وابن عباس، وابن عمر. حكاه عنهم الإمام أحمد، ورواه عنهم الأثرم، وعن عطاء، وسليمان بن موسى. وقال سليمان بن يسار: أدركت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين مدا من حنطة بالمد الأصغر، مد النبي - صلى الله عليه وسلم -. وقال أبو هريرة: يطعم مدا من أي الأنواع كان.

وبهذا قال عطاء، والأوزاعي، والشافعي؛ لما روى أبو داود، بإسناده عن عطاء، عن «أوس ابن أخي عبادة بن الصامت، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطاه يعني المظاهر خمسة عشر صاعا من شعير، إطعام ستين مسكينا.» وروى الأثرم، بإسناده عن أبي هريرة في حديث المجامع في رمضان، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي بعرق فيه خمسة عشر صاعا، فقال: خذه وتصدق به» . وإذا ثبت في المجامع بالخبر، ثبت في المظاهر بال قياس عليه، ولأنه إطعام واجب، فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج، كالفطرة وفدية الأذى. وقال مالك: لكل مسكين مدان من جميع الأنواع. وممن قال: مدان من قمح؛ مجاهد، وعكرمة، والشعبي، والنخعي؛ لأنها كفارة تشتمل على صيام وإطعام، فكان لكل مسكين نصف صاع، كفدية الأذى.

وقال الثوري وأصحاب الرأي: من القمح مدان، ومن التمر والشعير صاع، لكل مسكين؛ «لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث سلمة بن صخر: فأطعم وسقا من تمر» . رواه الإمام أحمد، في المسند، وأبو داود، وغيرهما. وروى الخلال، بإسناده عن يوسف بن عبد الله بن سلام، عن «خويلة: فقال لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر» . وفي رواية أبي داود: والعرق ستون

صاعا. وروى ابن ماجه، بإسناده عن ابن عباس، قال: «كفر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بصاع من تمر، وأمر الناس: فمن لم يجد فنصف صاع من بر» .." [١]

"[فصل شرط النية في صحة كفارة الظهار]

(٦٢٢٩) فصل: والنية شرط في صحة الكفارة؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إنما الأعمال بالنيات» . ولأن العتق يقع متبرعا به، وعن كفارة أخرى، أو نذر، فلم ينصرف إلى هذه الكفارة إلا بنية، وصفتها أن ينوي العتق، أو الصيام، أو الإطعام عن الكفارة، فإن زاد الواجبة كان تأكيدا، وإلا أجزأت نيته الكفارة. وإن نوى وجوبها، ولم ينو الكفارة، لم يجزئه؛ لأن الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر، فوجب تمييزه. وموضع النية مع التكفير، أو قبله بيسير. وهذا الذي نص عليه الشافعي، وقال به بعض أصحابه.

وقال بعضهم: لا يجزئ حتى يستصحب النية، وإن كانت الكفارة صياما اشترط نية الصيام عن الكفارة في كل ليلة؛ لقوله: – عليه السلام – «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» . وإن اجتمعت عليه كفارات من جنس واحد، لم يجب تعيين سببها. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه مخالفا. فعلى هذا، لو كان مظاهرا من أربع نساء، فأعتق عبدا عن ظهاره، أجزأه عن إحداهن، وحلت له واحدة غير معينة؛ لأنه واجب من جنس واحد، فأجزأته نية مطلقة، كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان.

و قياس المذهب أن يقرع بينهن، فتخرج بالقرعة المحللة منهن. وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي: له أن يصرفها إلى أيتهن شاء، فتحل. وهذا يفضي إلى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له، أو محرمة عليه.

وإن كان الظهار من ثلاث نسوة، فأعتق عبدا عن إحداهن، ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى، ثم مرض، فأطعم ستين مسكينا عن أخرى، أجزأه، وحل له الجميع، من غير قرعة ولا تعيين. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور: يقرع بينهن، فمن تقع لها القرعة، فالعتق لها، ثم يقرع بين الباقيتين، فمن تقع لها القرعة فالصيام لها، والإطعام عن الثالثة؛ لأن كل واحدة من هذه الخصال لو انفردت، احتاجت إلى قرعة، فكذلك إذا اجتمعت. ولنا أن التكفير قد حصل عن الثلاث، وزالت حرمة الظهار، فلم يحتج إلى قرعة، كما لو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهن دفعة واحدة. فأما إن كانت الكفارة من أجناس؛ كظهار، وقتل، وجماع في رمضان، ويمين، فقال أبو الخطاب: لا يفتقر إلى تعيين السبب.

وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها عبادة واجبة، فلم تفتقر صحة أدائها إلى تعيين سببها، كما لو كانت من جنس واحد. وقال القاضي: يحتمل أن يشترط تعيين سببها، ولا تجزئ نية مطلقة. وحكاه أصحاب الشافعي عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠/٨

أحمد. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنهما عبادتان من جنسين، فوجب تعيين النية لهما، كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر." [١]

"مع الشك. فإن قيل: فإن لم يكن بالغا انتفى عنه الولد، وإن كان بالغا انتفى عنه اللعان.

قلنا: إلا أنه لا يجوز أن يبتدئ اليمين مع الشك في صحتها، فسقطت للشك فيها. الثاني، إذا كان زائل العقل لجنون، فلا حكم لقذفه؛ لأن القلم عنه مرفوع أيضا، وإن أتت امرأته بولد، فنسبه لاحق به، لإمكانه، ولا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله، فإذا عقل، فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه. وإن ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه، وأنكرت ذلك، ولأحدهما بينة بما قال، ثبت قوله. وإن لم يكن لواحد منهما بينة، ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله، فالقول قولها مع يمينها؛ لأن الأصل والظاهر الصحة والسلامة. وإن عرفت له حالة جنون، ولم تعرف له حالة إفاقة، فالقول قوله مع يمينه، وإن عرفت له حالة جنون وحالة إفاقة، ففيه وجهان: أحدهما، القول قولها.

قال القاضي: هذا قياس قول أصحابنا في الملفوف إذا ضربه فقده، ثم ادعى أنه كان ميتا، وقال الولي: كان حيا. والوجه الثاني، أن القول قوله؛ لأن الأصل براءة ذمته من الحد، فلا يجب بالشك، ولأن الحد يسقط بالشبهة، ولا يشبه هذا الملفوف، لأن الملفوف قد علم أنه كان حيا، ولم يعلم منه ضد ذلك، فنظيره في مسألتنا أنه يعرف له حالة إفاقة، ولا يعلم منه ضدها، وفي مسألتنا قد تقدم له حالة جنون، فيجوز أن تكون قد استمرت إلى حين قذفه. وأما إن كانت الزوجة غير مكلفة، فقذفها الزوج؛ نظرنا، فإن كانت طفلة لا يجامع مثلها، فلا حد على قاذفها؛ لأنه قول يتيقن كذبه فيه، وبراءة عرضها منه، فلم يجب به حد كما لو قال: أهل الدنيا زناة. ولكنه يعزر للسب، لا للقذف، ولا يحتاج في التعزير إلى مطالبة؛ لأنه مشروع لتأديبه، وللإمام فعله إذا رأى ذلك.

فإن كانت يجامع مثلها، كابنة تسع سنين، فعليه الحد، وليس لوليها ولا لها المطالبة به حتى تبلغ، فإذا بلغت فطالبت، فلها الحد، وله إسقاطه باللعان. وليس له لعانها قبل البلوغ؛ لأن اللعان يراد لإسقاط الحد أو نفي الولد، ولا حد عليه قبل بلوغها، ولا ولد فينفيه، فإن أتت بولد حكم ببلوغها؛ لأن الحمل أحد أسباب البلوغ، ولأنه لا يكون إلا من نطفتها، فمن ضرورته إنزالها، وهو من أسباب بلوغها. وإن قذف امرأته المجنونة بزنا أضافه إلى حال إفاقتها، أو قذفها وهي عاقلة، ثم جنت، لم يكن لها المطالبة، ولا لوليها قبل إفاقتها؛ لأن هذا طريقه التشفي، فلا ينوب عنه الولي فيه، كالقصاص، فإذا أفاقت فلها المطالبة بالحد،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٤

وللزوج إسقاطه باللعان، وإن أراد لعانها في حال جنونها، ولا ولد ينفيه، لم يكن له ذلك؛ لعدم الحاجة إليه، لأنه لم يتوجه عليه حد فيسقطه، ولا نسب فينفيه.

وإن كان هناك ولد يريد نفيه، فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يلاعن، ويلحقه الولد؛ لأن الولد إنما ينتفي باللعان من الزوجين، وهذه لا يصح منها لعان وقد نص أحمد، في الخرساء، أن زوجها لا يلاعن. فهذه أولى.." (١)

"وروى ابن عمر، أن عمر – رضي الله عنه – قال: ما بال رجال يطئون ولائدهم، ثم يعزلونهن، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها، إلا ألحقت به ولدها، فاعزلوا بعد ذلك، أو اتركوا.

ولأن الوطء يتعلق به تحريم المصاهرة، فإذا كان مشروعا صارت به المرأة فراشا، كالنكاح، ولأن المرأة إنما سميت فراشا تجوزا، إما لمضاجعته لها على الفراش، وإما لكونها تحته في حال المجامعة، وكلا الأمرين يحصل في الجماع، و قياسهم الوطء على الملك لا يصح؛ لأن الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة، ولا يحصل منه الولد بدون الوطء، ويفارق النكاح؛ فإنه لا يرد إلا للوطء، ويتعلق به تحريم المصاهرة، ولا ينعقد في محل يحرم الوطء فيه، كالمجوسية والوثنية وذوات محارمه. إذا ثبت هذا، فإن أراد نفي ولد أمته التي يلحقه ولدها، فطريقه أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة، فينتفي بذلك.

وإن ادعى أنه كان يعزل عنها، لم ينتف عنه بذلك؛ لما روى جابر قال: جاء رجل من الأنصار إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: إن لي جارية، وأنا أطوف عليها، وأنا أكره أن تحمل. فقال: «اعزل عنها إن شئت، فإنه سيأتيها ما قدر لها. قال: فلبث الرجل، ثم أتاه، فقال: إن الجارية قد حملت. قال: قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها» . رواه أبو داود. وروي عن أبي سعيد، أنه قال: كنت أعزل عن جاريتي، فولدت أحب الخلق إلي. يعني ابنه.

ولحديث عمر الذي ذكرناه. ولأنه حكم تعلق بالوطء، فلم يعتبر معه الإنزال، كسائر الأحكام. وقد قيل: إنه ينزل من الماء ما لا يحس به. وإن أقر بالوطء دون الفرج، أو في الدبر، لم تصر بذلك فراشا؛ لأنه ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص، ولأنه ينتفي عنه الولد بدعوى الاستبراء إذا أتت به بعد الاستبراء بمدة الحمل، فهاهنا أولى. وروي عن أحمد أنها تصير فراشا؛ لأنه قد يجامع، فيسبق الماء إلى الفرج. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، وإذا ادعى الاستبراء، قبل قوله بغير يمين، في أحد الوجهين؛ لأن من قبل قوله في الاستبراء، قبل بغير يمين، كالمرأة تدعي انقضاء عدتها. وفي الآخر، يستحلف.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥١

وهو مذهب الشافعي؛ لعموم قوله - عليه السلام -: " ولكن اليمين على المدعى عليه ". ولأن الاستبراء غير مختص به، فلم يقبل قوله فيه بغير يمين، كسائر الحقوق، بخلاف العدة. ومتى لم يدع الاستبراء، لحقه ولدها، ولم ينتف عنه. وقال الشافعي، في أحد قوليه: له نفيه باللعان؛ لأنه لم يرض به، فأشبه ولد المرأة. ولنا، قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦] . فخص بذلك الأزواج، ولأنه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة، فلم يملك نفيه باللعان، كما لو وطئ أجنبية بشبهة، فألحقت القافة ولدها به، ولأن له طريقا إلى نفي الولد بغير اللعان، فلم يحتج إلى نفيه باللعان، فلا يشرع، ولأنه إذا وطئ أمته ولم يستبرئها." [(١)]

"موضع زال الفراش، وانقطع نسب الولد عن صاحبه، فلا يثبت مع بقاء الفراش المقتضي لحوق نسب الولد بصاحبه.

وإن كان يعزل عن امرأته، فأتت بولد، لم يبح له نفيه؛ لما ذكرنا من حديث جابر وأبي سعيد. وعن أبي سعيد، أنه قال: يا رسول الله، إنا نصيب من النساء، ونحب الأثمان، أفنعزل عنهن؟ قال: «إن الله إذا قضى خلق نسمة خلقها» . ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق. وأما إن كان لا يطؤها إلا دون الفرج، أو في الدبر، فأتت بولد، فذكر أصحابنا أنه ليس له نفيه؛ لأنه لا يأمن أن يسبق الماء إلى الفرج فيعلق به. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وهو بعيد؛ لأنه من أحكام الوطء في الفرج، فلا يتعلق بما دونه كسائر الأحكام، ودلالة عدم الوطء في الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون والديه.

فأما إن وجد أحد هذه الوجوه التي ذكرنا مع الزنا، ويحتمل كونه منه أو من الزاني، مثل إن زنت في طهر أصابها فيه، أو زنت فلم يعتزلها، ولكنه كان يعزل عنها، أو كان لا يطؤها إلا دون الفرج، لو كان الولد شبيها بالزاني دونه، لزمه نفيه؛ لأن هذا مع الزنا يوجب نسبته إلى الزاني، بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حكم بولد امرأة هلال لشريك ابن سحماء، بشبهه له، مع لعان هلال لها، وقذفه إياها. وأما إذا أتت زوجته بولد، فشك فيه من غير معرفته لزناها، فلا يحل له قذفها، ولا لعانها؛ لما تقدم من حديث الفزاري. وكذلك إن عرف زناها، ولم يعلم أن الولد من الزاني، ولا وجد دليل عليه، فليس له نفيه؛ لأن الولد للفراش وللعاهر الحجر.

[فصل أكرهت زوجته على الزنا في طهر لم يصبها فيه فأتت بولد]

(٦٢٧٢) فصل: فإن أكرهت زوجته على الزنا في طهر لم يصبها فيه، فأتت بولد يمكن أن يكون من

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤/٨

الواطئ، فهو منه، وليس للزوج قذفها بالزنا؛ لأن هذا ليس بزنا منها. و قياس المذهب أنه ليس له نفيه، ويلحقه النسب؛ لأن نفي الولد لا يكون إلا باللعان، ومن شرط اللعان القذف، ولأن اللعان لا يتم إلا بلعان المرأة، ولا يصح اللعان من المرأة هاهنا؛ لأنها لا تكذب الزوج في إكراهها على ذلك. وهذا قول أصحاب الرأي. وذكر بعض أصحابنا في ذلك روايتين؛." [1]

"ولنا أنه زمن يمكن البلوغ فيه، فيلحقه الولد، كالبالغ، وقد روي أن عمرو بن العاص، وابنه عبد الله، لم يكن بينهما إلا اثنا عشر عاما، وأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بالتفريق بينهم، دليل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولادة، وأما قياس الغلام على الجارية، فغير صحيح، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة، والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع، وقد تحيض لتسع، وما عهد بلوغ غلام لتسع.

ولو تزوج رجل امرأة في مجلس، ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد، أو تزوج مشرقي بمغربية، ثم مضت ستة أشهر، وأتت بولد، لم يلحقه. وبذلك قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يلحقه نسبه؛ لأن الولد إنما يلحقه بالعقد، ومدة الحمل، ألا ترى أنكم قلتم: إذا مضى زمان الإمكان، لحق الولد، وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء. ولنا أنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد، فلم يلحق به الولد، كزوجة ابن سنة، أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر، وفارق ما قاسوا عليه؛ لأن الإمكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعا، لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء، فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح، ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه، فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه.

وإن ولدت امرأة مقطوع الذكر والأنثيين، لم يلحق نسبه به. في قول عامة أهل العلم؛ لأنه يستحيل منه الإنزال والإيلاج. وإن قطعت أنثياه دون ذكره، فكذلك؛ لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد. وقال أصحابنا: يلحقه النسب؛ لأنه يتصور منه الإيلاج، وينزل ماء رقيقا. ولنا. أن هذا لا يخلق منه ولد عادة، ولا وجد ذلك، فأشبه ما لو قطع ذكره معهما، ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد، كما لو أولج إصبعه. وأما قطع ذكره وحده، فإنه يلحقه الولد؛ لأنه يمكن أن يساحق، فينزل ماء يخلق منه الولد. ولأصحاب الشافعي اختلاف في ذلك، على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا.

قال ابن اللبان: لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين. في قول الجمهور. وقال بعضهم: يلحقه بالفراش. وهو غلط؛ لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن، ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٤/٨

وهاهنا لا يمكن؛ لفقد المني من المسلول، وتعذر إيصال المني إلى قعر الرحم من المجبوب. ولا معنى لقول من قال: يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل، فتحمل؛ لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا، ولذلك يأخذ الشبه منهما، وإذا استدخلت المني بغير جماع، لم تحدث لها لذة تمني بها، فلا يختلط نسبهما، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منيه، وأن الولد من ذلك المني، يلحقه نسبه، وما قال ذلك أحد.." (١)

"واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعا، وقد يريد أنه لا يشبهني خلقا وخلقا، أو أنه من وطء فاسد. فإن لم يذكر الولد في اللعان، لم ينتف عنه. فإن أراد نفيه، أعاد اللعان، ويذكر نفي الولد فيه.

[فصل قذف امرأته بالزنا برجل بعينه]

(٦٢٩١) فصل: وإذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه، فقد قذفهما، وإذا لاعنها سقط الحد عنه لهما، سواء ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره، وإن لم يلاعن، فلكل واحد منهما المطالبة، وأيهما طالب، حد له، ومن لم يطالب، فلا يحد له، كما لو قذف رجلا بالزنا بامرأة معينة. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، إلا في أنه لا يسقط حده بلعانها. وقال بعض أصحابنا: القذف للزوجة وحدها، ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد؛ لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك ابن سحماء، فلم يحده النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عزره له.

وقال بعض أصحاب الشافعي: يجب الحد لهما، وهل يجب حد واحد أو حدان؟ على وجهين. وقال بعضهم: لا يجب إلا حد واحد، قولا واحدا. ولا خلاف بينهم أنه إذا لاعن، وذكر الأجنبي في لعانه، أنه يسقط عنه حكمه، وإن لم يذكره، فعلى وجهين. ولنا، أن اللعان بينة في أحد الطرفين، فكان بينة في الطرف الآخر، كالشهادة، ولأن به حاجة إلى قذف الزاني، لما أفسد عليه من فراشه، وربما يحتاج إلى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه. كما استدل النبي - صلى الله عليه وسلم - على صدق هلال بشبه الولد لشريك ابن سحماء، فوجب أن يسقط حكم قذفه ما أسقط حكم قذفها، قياسا له عليها.

[فصل قذف امرأته وأجنبية أو أجنبيا بكلمتين]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٨٠

(٦٢٩٢) فصل: ولو قذف امرأته وأجنبية أو أجنبيا بكلمتين، فعليه حدان لهما، فيخرج من حد الأجنبية بالبينة خاصة، ومن حد الزوجة بالبينة أو اللعان. وإن قذفهما بكلمة، فكذلك، إلا أنه إذا لم يلاعن، ولم تقم بينة، فهل يحد لهما حدا واحدا أو حدين؟ على روايتين: إحداهما، يحد حدا واحدا. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي في القديم. وزاد أبو حنيفة: سواء كان بكلمة أو بكلمات؛ لأنهما حدود من جنس، فوجب أن تتداخل، كحدود الزنا. والثانية: إن طالبوا مجتمعين فحد واحد، وإن طالبوا متفرقين فلكل واحد حد؛ لأنهم إذا اجتمعوا في الطلب، أمكن إيفاؤهم بالحد الواحد، وإذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد إيفاء لمن لم يطالب؛ لأنه لا يجوز إقامة الحد له قبل المطالبة منه.

وقال الشافعي، في الجديد: يقام لكل واحد حد بكل حال؛ لأنها حقوق لآدميين، فلم تتداخل، كالديون.." (١)

"[مسألة طلق الرجل زوجته وقد خلا بها] [الفصل الأول العدة تجب على كل من خلا بها زوجها وإن لم يمسها]

(٦٣٠٣) مسألة قال - رحمه الله تعالى -: (وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها، فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها) في هذه المسألة ثلاثة فصول: (٦٣٠٤) الفصل الأول: أن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها، وإن لم يمسها. ولا خلاف بين أهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس، فأما إن خلا بها ولم يصبها، ثم طلقها، فإن مذهب أحمد وجوب العدة عليها. وروي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد، وابن عمر. وبه قال عروة، وعلي بن الحسين، وعطاء، والزهري، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، والشافعي في قديم قوليه.

وقال الشافعي في الجديد: لا عدة عليها؛ وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب: ٤٩] وهذا نص، ولأنها مطلقة لم تمس، فأشبهت من لم يخل بها. ولنا إجماع الصحابة، روى الإمام أحمد، الأثرم، بإسنادهما عن زرارة بن أوفى، قال: قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى سترا، أو أغلق بابا، فقد وجب المهر، ووجبت العدة. ورواه الأثرم أيضا عن الأحنف، عن عمر وعلي، وعن سعيد بن المسيب، عن عمر وزيد بن ثابت. وهذه قضايا اشتهرت، فلم تنكر، فصارت إجماعا. وضعف أحمد ما روي في خلاف ذلك، وقد ذكرناه في كتاب الصداق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٨٩

ولأنه عقد على المنافع، والتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة، كعقد الإجارة، والآية مخصوصة بما ذكرناه، ولا يصح ال قياس على من لم يخل بها؛ لأنه لم يوجد منها التمكين.

[فصل لا فرق بين أن يخلو الرجل بمطلقته مع المانع من الوطء أو مع عدمه]

(٦٣٠٥) فصل: وظاهر كلام الخرقي، أنه لا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء، أو مع عدمه، سواء كان المانع حقيقيا، كالجب والعنة والفتق والرتق، أو شرعيا كالصوم والإحرام والحيض والنفاس والظهار؛ لأن الحكم علق هاهنا على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها، ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل، لحقه نسبه، وإن لم يطأ. وقد روي عن أحمد، أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع." (١)

"قد مضت بذلك سنة. وهو قول داود لقول الله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] .

ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «قرء الأمة حيضتان» . وقد ذكرناه، وقول عمر وعلي وابن عمر، ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة، فكان إجماعا، وهذا يخص عموم الآية. ولأنه معنى ذو عدد، بني على التفاضل، فلا تساوي فيه الأمة الحرة، كالحد. وكان ال قياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفا، كما كان حدها على النصف من حد الحرة، إلا أن الحيض لا يتبعض، فكمل حيضتين، ولهذا قال عمر - رضي الله عنه -: لو أستطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفا لفعلت. فإذا تقرر هذا، فانقضاء عدتها بالغسل من الحيضة الثانية، في إحدى الروايتين، وفي الأخرى، بانقطاع الدم من الحيضة الثانية.

وعلى الرواية التي تقول: إن القروء الأطهار. فانقضاء عدتها برؤية الدم من الحيضة الثانية.

[مسألة عدة من كانت من الآيسات أو ممن لم يحضن]

(٦١١٦) مسألة قال: (وإن كانت من الآيسات، أو ممن لم يحضن، فعدتها ثلاثة أشهر) أجمع أهل العلم على هذا؛ لأن الله تعالى ذكره في كتابه بقوله سبحانه: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] فإن كان الطلاق في أول الهلال، اعتبر ثلاثة أشهر بالأهلة؛ لقول الله تعالى: ﴿يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج﴾ [البقرة: ١٨٩] . وقال سبحانه: ﴿إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منها أربعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٩٩

حرم﴾ [التوبة: ٣٦] .

ولم يختلف الناس في أن الأشهر الحرم معتبرة بالأهلة. وإن وقع الطلاق في أثناء شهر اعتدت بقيته، ثم اعتدت شهرين بالأهلة، ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما. وهذا مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة تحتسب بقية الأول، وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول، تاما كان أو ناقصا؛ لأنه لو كان من أول الهلال، كانت العدة بالأهلة، فإذا كان من بعض الشهر، وجب قضاء ما فات منه. وخرج أصحابنا وجها ثانيا، أن جميع الشهور محسوبة بالعدد. وهو قول ابن بنت الشافعي لأنه إذا حسب الأول بالعدد، كان ابتداء الثاني من بعض الشهر، فيجب أن يحسب بالعدد، وكذلك الثالث.

ولنا أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين، ولذلك إذا غم الشهر كمل ثلاثين، والأصل الهلال، فإذا أمكن اعتبار الهلال، اعتبروا، وإذا تعذر، رجع إلى العدد. وفي هذا انفصال عما ذكر لأبي حنيفة. وأما التخريج الذي ذكرناه، فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثاني، ويجوز أن يكون تمامه من الرابع.." (١)

"كذلك. والصحيح أنه يحرم عليه الجميع، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين، من عدة الطلاق والوفاة؛ لأن النكاح كان ثابتا بيقين، وكل واحدة منهن يجوز أن تكون هي المطلقة، وأن تكون زوجة، فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائنا، ليسقط الفرض بيقين، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها، لزمه أن يصلي خمس صلوات، لكن ابتداء القرء من حين طلق، وابتداء عدة الوفاة من حين الموت. وهذا مذهب الشافعي وإن طلق الجميع ثلاثا بعد ذلك، فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن. وإن طلق ثلاثا وأنسيهن، فهو كما لو طلق واحدة.

[مسألة مات عنها وهو حر أو عبد قبل الدخول أو بعده]

(٦٣٣٠) مسألة قال: (ولو مات عنها، وهو حر أو عبد، قبل الدخول أو بعده، انقضت عدتها لتمام أربعة أشهر وعشر، إن كانت حرة، ولتمام شهرين وخمسة أيام، إن كانت أمة) أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر، مدخولا بها، أو غير مدخول بها، سواء كانت كبيرة بالغة أو صغيرة لم تبلغ؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾ [البقرة: ٢٣٤] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج، أربعة أشهر وعشرا» . متفق عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٥/٨

فإن قيل: ألا حملتم الآية على المدخول بها، كما قلتم في قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . قلنا: إنما خصصنا هذه بقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب: ٤٩] . ولم يرد تخصيص عدة الوفاة، ولا أمكن قياسها على المطلقة في التخصيص لوجهين: أحدهما، أن النكاح عقد عمر، فإذا مات انتهى، والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه، كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل، وأحكام الإجارة بانقضائها، والعدة من أحكامه. الثاني أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان، وهذا ممتنع في حق الميت، فلا يؤمن أن تأتي بولد، فيلحق الميت نسبه، وما له من ينفيه، فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت في غير منزلها، حفظا لها.

إذا ثبت هذا، فإنه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة. في قول عامة أهل العلم.

وحكي عن مالك أنها إذا كانت مدخولا بها، وجبت أربعة أشهر وعشر فيها حيضة، واتباع الكتاب والسنة أولى، ولأنه لو." (١)

"الدخول، فليس عليها عدة لموته، وقال القاضي: عليهن عدة الوفاة إذا قلنا: يرثنه. لأنهن يرثنه بالزوجية، فتجب عليهن عدة الوفاة، كما لو مات بعد الدخول وقبل قضاء العدة. ورواه أبو طالب عن أحمد، في التي انقضت عدتها. وذكر ابن أبي موسى فيها روايتين.

والصحيح أنها لا عدة عليها؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب: ٤٩] . وقال ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . وقال: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم، ولأنها أجنبية تحل للأزواج، ويحل للمطلق نكاح أختها وأربع سواها، فلم تجب عليها عدة لموته، كما لو تزوجت، وتخالف التي مات في عدتها، فإنها لا تحل لغيره في هذه الحال، ولم تنقض عدتها، ولا نسلم أنها ترثه، فإنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثماني زوجات.

فأما إن تزوجت إحدى هؤلاء، فلا عدة عليها، بغير خلاف نعلمه، ولا ترثه أيضا. وإن كانت المطلقة البائن لا ترث، كالأمة أو الحرة يطلقها العبد، أو الذمية يطلقها المسلم، والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها، لم تلزمها عدة، سواء مات زوجها في عدتها أو بعدها، على قياس قول أصحابنا، فهم عللوا نقلها إلى

(١) المغني لابن قدامة ٨/١١٥

عدة الوفاة بإرثها وهذه ليست وارثة، فأشبهت المطلقة في الصحة، وأما المطلقة في الصحة إذا كانت بائنا، فمات زوجها، فإنها تبني على عدة الطلاق، ولا تعتد للوفاة. وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر وقال الثوري وأبو حنيفة عليها أطول الأجلين، كما لو طلقها في مرض موته. ولنا قوله سبحانه ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولأنها أجنبية منه في نكاحه، وميراثه، والحل له ووقوع طلاقه، وظهاره، وتحل له أختها و أربع سواها، فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عدتها.

وذكر القاضي، في المطلقة في المرض، أنها إذا كانت حاملا، تعتد أطول الأجلين. وليس هذا بشيء؛ لأن وضع الحمل تنقضي به كل عدة، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل، على ما سنذكره في المسألة التي تلي هذه إن شاء الله تعالى.

[مسألة طلقها أو مات عنها وهي حامل]

(٦٣٣٣) مسألة قال: ولو طلقها، أو مات عنها، وهي حامل منه، لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل، أمة كانت أو حرة أجمع أهل العلم في جميع الأعصار، على أن المطلقة الحامل تنقضي عدتها بوضع حملها. وكذلك كل." (١)

"ولنا أنها أتت به بعد الحكم بقضاء عدتها، وحل النكاح لها بمدة الحمل، فلم يلحق به، كما لو أتت به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل، وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء النكاح أو آثاره، وقد زال ذلك.

وإن انقضت عدتها بالشهور، ثم أتت بولد لدون أربع سنين، لحقه نسبه؛ لأنها إن كانت تدعي الإياس، تبينا كذبها، فإن من تحمل ليست بآيسة، وإن كانت من اللائي لم يحضن، أو متوفى عنها، لحقه ولدها؛ لأنه لم يوجد في حقها ما ينافي كونها حاملا.

[فصل مات الصغير الذي لا يولد لمثله عن زوجته فأتت بولد]

(٦٣٤٠) فصل: وإذا مات الصغير الذي لا يولد لمثله عن زوجته، فأتت بولد، لم يلحقه نسبه، ولم تنقض العدة بوضعه، وتعتد بالأشهر وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إن مات وبها حمل ظاهر، اعتدت عنه بالوضع، وإن ظهر الحمل بها بعد موته، لم تعتد به. وقد روي عن أحمد في الصبي مثل قول أبي

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٧/٨

حنيفة. وذكره ابن أبي موسى قال أبو الخطاب وفيه بعد. وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة، ودخل بها، وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح، فإنها لا تعتد بوضعه عندنا، وعنده تعتد به، واحتج بقوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] .

ولنا أن هذا حمل منفي عنه يقينا، فلم تعتد بوضعه، كما لو ظهر بعد موته، والآية واردة في المطلقات، ثم هي مخصوصة بال قياس الذي ذكرناه. إذا ثبت هذا، فإن عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطء الذي علقت به منه، سواء كان هذا الولد ملحقا بغير الصغير، مثل أن يكون من عقد فاسد، أو وطء شبهة، أو كان من زنا لا يلحق بأحد؛ لأن العدة تجب من كل وطء، فإذا وضعته اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر؛ لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان.

وإن كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول، كزوجة كبير دخل بها، ثم طلقها، وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها، فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء. وكذلك إذا طلق الخصي المجبوب امرأته، أو مات عنها، فأتت بولد لم يلحقه نسبه، ولم تنقض عدتها بوضعه، وتنقضي به عدة الوطء، ثم تستأنف عدة الطلاق، أو عدة الوفاة، على ما بيناه. وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به؛ لأنه قد يتصور منه الإنزال، بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل. فعلى هذا القول يلحق به؛ الولد، وتنقضي به العدة. والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد؛ لأنه لم تجر به عادة، فلا يلحق به ولدها، كالصبي الذي لم يبلغ عشر سنين.

ولو تزوج امرأة في مجلس الحاكم، ثم طلقها في المجلس، أو تزوج المشرقي بالمغربية ثم أتت بولد لا يمكن." (١)

"و قياسهم يبطل بما إذا زنى بها، فإنه قد استعجل وطأها، ولا تحرم عليه على التأبيد. ووجه تحريمها قبل قضاء عدة الثاني عليه قول الله تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ [البقرة: ٢٣٥] ولأنه وطء يفسد به النسب، فلم يجز النكاح في العدة منه، كوطء الأجنبي.

[فصل نكاح المعتدة من وطء فاسد]

(٦٣٤٣) فصل: وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية، والموطوءة بشبهة، أو في نكاح فاسد، ف قياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره. والأولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه، إن كان يلحقه نسب ولدها؛ لأن العدة لحفظ مائه، وصيانة نسبه، ولا يصان ماؤه المحرم عن مائه المحترم، ولا يحفظ

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٣/٨

نسبه عنه، ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية، لا يحل له نكاحها؛ لأن نكاحها يفضي إلى اشتباه النسب، فالواطئ كغيره، في أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما.

[مسألة القافة بالتحاق الولد بوالديه]

(٦٣٤٤) مسألة قال: وإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما، أري القافة وألحق بمن ألحقوه منهما وانقضت عدتها منه، واعتدت للآخر وجملته أنها إذا كانت حاملا، انقضت عدتها منه بوضع حملها؛ لقوله سبحانه ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] . ثم ننظر؛ فإن كان يمكن أن يكون من الأول دون الثاني، وهو أن تأتي به لدون ستة أشهر من وطء الثاني، وأربع سنين فما دونها من فراق الأول، فإنه يلحق بالأول، وتنقضي عدتها به منه بوضعه، ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثاني.

وإن أمكن كونه من الثاني دون الأول وهو أن تأتي به لستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين من وطء الثاني، ولأكثر من أربع سنين منذ بانت من الأول فهو ملصق بالثاني دون الأول، فتنقضي به عدتها من الثاني، ثم تتم عدة الأول. وتقدم عدة الثاني هاهنا على عدة الأول؛ لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره. وإن أمكن أن يكون منهما، وهو أن تأتي به لستة أشهر فصاعدا من وطء الثاني، ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الأول، أري القافة، فإن ألحقته بالأول، لحق به، كما لو أمكن أن يكون منه دون الثاني، وإن ألحقته بالثاني، لحق به، وكان الحكم كما لو أمكن كونه من الثاني دون الأول فإن أشكل أمره على القافة، أو لم تكن قافة لزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء؛ لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثاني، وإن كان من الثاني، فعليها أن تكمل عدة الأول، ليسقط." (١)

"[فصل تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها]

(٦٣٤٩) فصل: إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره، فمات ولدها، فإن أحمد قال: يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة. وهذا يروى عن علي بن أبي طالب، والحسن ابنه، ونحوه عن عمر بن الخطاب، وعن الحسين بن علي، والصعب بن جثامة. وبه قال عطاء، وعمر بن عبد العزيز، والنخعي، ومالك، وإسحاق، وأبو عبيد.

قال عمر بن عبد العزيز: لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا؟ وإنما قالوا ذلك؛ لأنها إن كانت حاملا حين موته، ورثه حملها، وإن حدث الحمل بعد الموت، لم يرثه. فإن كان للميت ولد أو أب أو جد، لم يحتج

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٦/٨

إلى استبرائها؛ لأن الحمل لا ميراث له، وإن كانت حاملا قد تبين حملها، لم يحتج إلى استبرائها؛ لأن الحمل معلوم، وإن كانت آيسة، لم يحتج إلى استبرائها؛ لليأس من حملها، وإن كانت ممن يمكن حملها، ولم يبن بها حمل، ولم يعتزلها زوجها، فأتت بولد قبل ستة أشهر، ورث، وإن أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها، لم يرث، لأنا لا نتيقن وجوده حال موته. هذا يروى عن سفيان. وهو قياس قول الشافعي.

[فصل أحكام عدة زوجة المفقود]

(٦٣٥٠) فصل: في أحكام المفقود.

إذا غاب الرجل عن امرأته، لم يخل من حالين: أحدهما، أن تكون غيبة غير منقطعة، يعرف خبره، ويأتي كتابه، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله، فلها أن تطلب فسخ النكاح، فيفسخ نكاحه. وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته. وهذا قول النخعي، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومكحول، والشافعي، وأبي عبيد، وأبي ثور، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وإن أبق العبد، فزوجته على الزوجية، حتى تعلم موته أو ردته. وبه قال الأوزاعي، والثوري، والشافعي، وإسحاق

وقال الحسن: إباقه طلاقه. ولنا أنه ليس بمفقود، فلم ينفسخ نكاحه، كالحر، ومن تعذر الإنفاق من ماله على زوجته، فحكمها في الفسخ حكم ما ذكرنا، إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده، أو في كسبه، فيعتبر تعذر الإنفاق من محل الوجوب. الحال الثاني، أن يفقد، وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع، فهذا ينقسم قسمين: أحدهما، أن يكون ظاهر غيبته السلامة، كسفر التجارة في غير مهلكة، وإباق العبد، وطلب العلم والسياحة، فلا تزول الزوجية أيضا، ما لم يثبت موته.

وروي ذلك عن علي. وإليه ذهب ابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي في الجديد. وروي ذلك عن أبي قلابة، والنخعي، وأبي عبيد.." (١)

"فأما الحديث الذي رووه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - فلم يثبت، ولم يذكره أصحاب السنن. وما رووه عن علي، فيرويه الحكم وحماد مرسلا، والمسند عنه مثل قولنا، ثم يحمل ما رووه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة، جمعا بينه وبين ما رويناه. وقولهم: إنه شك في زوال الزوجية. ممنوع، فإن الشك

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/ ١٣٠

ما تساوى فيه الأمران، والظاهر في مسألتنا هلاكه.

[فصل هل يعتبر أن يطلقها ولي زوجها الغائب ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء]

(٦٣٥١) فصل: وهل يعتبر أن يطلقها ولي زوجها، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يعتبر ذلك؛ لأنه في حديث عمر الذي رويناه، وقد قال أحمد: هو أحسنها. وذكر في حديث علي، أنه يطلقها ولي زوجها. والثانية، لا يعتبر ذلك، كذلك قال ابن عمر، وابن عباس. وهو ال قياس؛ فإن ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته، ولأننا حكمنا عليها بعدة الوفاة، فلا يجب عليها مع ذلك عدة الطلاق، كما لو تيقنت وفاته، ولأنه قد وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج، وأوجب عليها عدة الوفاة، فأشبه ما لو شهد به شاهدان.

[فصل متى تعتبر غيبة الزوج]

(٦٣٥٢) فصل: وهل يعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة؟ على روايتين: إحداهما، يعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم؛ لأنها مدة مختلف فيها، فافتقرت إلى ضرب الحاكم كمدة العنة. والثانية، من حين انقطع خبره، وبعد أثره؛ لأن هذا ظاهر في موته، فكان ابتداء المدة منه، كما لو شهد به شاهدان. وللشافعي وجهان، كالروايتين.

[فصل قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج]

(٦٣٥٣) فصل: فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج، فهي امرأته. وقال بعض أصحاب الشافعي: إذا ضربت لها المدة، فانقضت، بطل نكاح الأول. والذي ذكرنا أولى؛ لأننا إنما أبحنا لها التزويج لأن الظاهر موته، فإذا بان حيا، انخرم ذلك الظاهر، وكان النكاح بحاله، كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حيا، ولأنه أحد الملكين، فأشبه ملك المال. فأما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا؛ فإن كان قبل دخول الثاني بها، فهي زوجة الأول، ترد إليه، ولا شيء قال أحمد: أما قبل الدخول، فهي امرأته، وإنما التخيير بعد الدخول. وهذا قول الحسن، وعطاء، وخلاس بن عمرو، والنخعي، وقتادة، ومالك وإسحاق.." [1]

"وقال القاضي: فيه رواية أخرى، أنه يخير. وأخذه من عموم قول أحمد: إذا تزوجت امرأته فجاء، خير بين الصداق وبين امرأته. والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خاصه في رواية الأثرم، وأنه لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٣٣

تخيير إلا بعد الدخول، فتكون زوجة الأول، رواية واحدة؛ لأن النكاح إنما صح في الظاهر دون الباطن، فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا؛ لأنه صادف امرأة ذات زوج، فكان باطلا، كما لو شهدت بينة بموته، وليس عليه صداق؛ لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول، وتعود إلى الزوج بالعقد الأول، كما لو لم تتزوج. وإن قدم بعد دخول الثاني بها. خير الأول بين أخذها، فتكون زوجته بالعقد الأول، وبين أخذ صداقها، وتكون زوجة الثاني.

وهذا قول مالك؛ لإجماع الصحابة عليه، فروى معمر، عن الزهري عن سعيد بن المسيب، أن عمر وعثمان قالا: إن جاء زوجها الأول، خير بين المرأة وبين الصداق الذي ساق هو، رواه الجوزجاني، والأثرم، وقضى به ابن الزبير في مولاة. لهم وقال علي ذلك في الحديث الذي رويناه. ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم، فكان إجماعا. فعلى هذا، إن أمسكها الأول، فهي زوجته بالعقد الأول. والمنصوص عن أحمد، أنه لا يحتاج الثاني إلى طلاق؛ لأن نكاحه كان باطلا في الباطن.

وقال القاضي: قياس قوله، أنه يحتاج إلى طلاق؛ لأن هذا نكاح مختلف في صحته، فكان مأمورا بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني، كسائر الأنكحة الفاسدة، ويجب على الأول اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني. وإن لم يخترها الأول، فإنها تكون مع الثاني، ولم يذكروا لها عقدا جديدا. والصحيح أنه يجب أن يستأنف لها عقدا، لأننا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول، ويحمل قول الصحابة على هذا، لقيام الدليل عليه، فإن زوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره بمجرد تركه لها.

وقال أبو الخطاب: ال قياس أننا إن حكمنا بالفرقة ظاهرا وباطنا، فهي امرأة الثاني، ولا خيار للأول؛ لأنها بانت منه بفرقة الحاكم، فأشبه ما لو فسخ نكاحها لعسرته، وإن لم نحكم بفرقته باطنا، فهي امرأة الأول، ولا خيار له.

[فصل زوجة الغائب إذا اختار الزوج الأول تركها]

(٦٣٥٤) فصل: ومتى اختار الأول تركها، فإنه يرجع على الثاني بصداقها؛ لقضاء الصحابة بذلك، ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها، ودخوله بها. واختلف عن أحمد فيما يرجع به؛ فروي عنه، أنه يرجع بالصداق الذي أصدقها هو. وهو اختيار أبي بكر وقول الحسن، والزهري، وقتادة، وعلي بن المديني، لقضاء علي وعثمان أنه يخير بينها وبين الصداق الذي ساق هو، ولأنه أتلف عليه المعوض، فرجع عليه بالعوض، كشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة. فعلى هذا، إن كان لم يدفع إليها الصداق، لم يرجع بشيء، وإن كان قد

دفع بعضه، رجع بما دفع. ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق، وترجع المرأة بما بقي عليه من صداقها.
وعن." (١)

"لموروثه، فبان موروثه ميتا والعين مملوكة له بالإرث، هل يصح البيع؟ فيه وجهان. كذا هاهنا. ومذهب الشافعي مثل هذا.

ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع من النكاح فيها، فلم يصح، كما لو تزوجت المعتدة في عدتها، أو المرتابة قبل زوال ريبتها.

[فصل متى يقسم مال المفقود]

(٦٣٥٨) فصل: ويقسم مال المفقود في الوقت الذي تؤمر زوجته بعدة الوفاة فيه. وبهذا قال قتادة. وقال الشافعي، ومالك، وأصحاب الرأي، وابن المنذر لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته؛ لأن الأصل البقاء، فلا يزول عنه بالشك، وإنما صرنا إلى إباحة التزويج لامرأته، لإجماع الصحابة،، ولأن بالمرأة حاجة إلى النكاح، وضررا في الانتظار، فاختص ذلك بها.

ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله، كمن قامت البينة بموته وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه، وتأخير القسمة ضرر بالورثة، وتعطيل لمنافع المال، وربما تلف أو قلت قيمته، فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج.

[فصل تصرف الزوج المفقود في زوجته بطلاق أو ظهار أو إيلاء أو قذف]

(٦٣٥٩) فصل: وإن تصرف الزوج المفقود في زوجته، بطلاق، أو ظهار، أو إيلاء، أو قذف، صح تصرفه؛ لأن نكاحه باق، ولهذا خير في أخذها، وإنما حكمنا بإباحة تزويجها؛ لأن الظاهر موته، فلا يبطل في الباطن، كما لو شهدت بموته بينة كاذبة.

[فصل عدة الأمة التي فقدت زوجها]

(٦٣٦٠) فصل: وإذا فقدت الأمة زوجها، تربصت أربع سنين، ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام. وهذا اختيار أبي بكر. وقال القاضي: تتربص نصف تربص الحرة. ورواه أبو طالب عن أحمد. وهو قول الأوزاعي والليث؛ لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها، فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة، كالعدة. ولنا أن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٤/٨

الأربع سنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل، ومدة الحمل في الحرة والأمة سواء، فاستويا في التربص لها، كالتسعة الأشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، وكالحمل نفسه، وبهذا ينتقض قياسهم.
فأما العبد، فإن كانت زوجته حرة، فتربصها كتربص الحرة تحت الحر، وإن كانت أمة، فهي كالأمة تحت الحر؛ لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال، وكذلك مدة التربص. وحكي عن الزهري، ومالك، أنه يضرب له نصف أجل الحر. والأولى ما قلناه؛ لأنه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها، فأشبه العدة.." [1]

"بأزواج. فأما حديث عمرو بن العاص، فضعيف. قال ابن المنذر: ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص. وقال محمد بن موسى: سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص، فقال: لا يصح. وقال الميموني: رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا، ثم قال: أين سنة النبي – صلى الله عليه وسلم – في هذا؟ وقال: أربعة أشهر وعشر إنما هي عدة الحرة من النكاح، وإنما هذه أمة خرجت من الرق إلى الحرية.
ويلزم من قال بهذا أن يورثها. وليس لقول: تعتد بثلاث حيض وجه، وإنما تعتد بذلك المطلقة، وليست هذه مطلقة، ولا في معنى المطلقة. وأما قياسهم إياها على الزوجات، فلا يصح؛ لأن هذه ليست زوجة، ولا في حكم الزوجة، ولا مطلقة، ولا في حكم المطلقة.

[فصل ما يكفي في الاستبراء من الحمل]
(٦٣٦٥) فصل: ولا يكفي في الاستبراء طهر واحد، ولا بعض حيضة. وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال بعض أصحاب مالك: متى طعنت في الحيضة، فقد تم استبراؤها. وزعم أنه مذهب مالك وقال الشافعي، في أحد قوليه: يكفي طهر واحد إذا كان كاملا، وهو أن يموت في حيضها، فإذا رأت الدم من الحيضة الثانية، حلت، وتم استبراؤها. وهكذا الخلاف في الاستبراء كله، وبنوا هذا على أن القروء الأطهار، وهذا يرده قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» . وقال رويفع بن ثابت: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول يوم خيبر: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة» . رواه الأثرم. وهذا صريح فلا يعول على ما خالفه.
ولأن الواجب استبراء، والذي يدل على البراءة هو الحيض، فإن الحامل لا تحيض. فأما الطهر فلا دلالة فيه

(١) المغني لابن قدامة ١٣٨/٨

على البراءة، فلا يجوز أن يعول في الاستبراء على ما لا دلالة فيه عليه، دون ما يدل عليه. وبناؤهم قولهم هذا على قولهم: إن القروء الأطهار. بناء للخلاف على الخلاف، وليس ذلك بحجة، ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذاك حتى خالفوه، فجعلوا الطهر الذي طلقها فيه قرءا، ولم يجعلوا الطهر الذي مات فيه سيد أم الولد قرءا، وخالفوا الحديث والمعنى. فإن قالوا: إن بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة. قلنا: فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة، وليس ذلك قرءا عند أحد.

فإذا تقرر هذا، فإن مات عنها وهي طاهر، فإذا طهرت من الحيضة." (١)

"[مسألة ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه العدة]

(٦٣٦٧) مسألة قال: (وإن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، اعتدت بتسعة أشهر، وشهر مكان الحيضة) في هذه المسألة أيضا روايتان؛ إحداهما، أنها تستبرأ بعشرة أشهر. والثانية بسنة؛ تسعة أشهر للحمل، لأنها غالب مدته، وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الآيسات. وقد ذكرنا الروايتين في الآيسة، وذكرنا أن المختار عن أحمد استبراؤها بثلاثة أشهر، وهاهنا جعل مكان الحيضة شهرا؛ لأن اعتبار تكرارها في الآيسة، لتعلم براءتها من الحمل، وقد علم براءتها منه هاهنا بمضي غالب مدته، فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق ال قياس.

[فصل علمت ما رفع الحيض في العدة]

(٦٣٦٨) فصل: وإن علمت ما رفع الحيض، لم تزل في الاستبراء حتى يعود الحيض، فتستبرئ نفسها بحيضة، إلا أن تصير آيسة، فتستبرئ نفسها استبراء الآيسات. وإن ارتابت بنفسها، فهي كالحرة المستريبة. وقد ذكرنا حكمها فيما مضى من هذا الباب. والله تعالى أعلم.

[مسألة عدة الحامل]

(٦٣٦٩) مسألة قال: (وإن كانت حاملا، فحتى تضع) وهذه، بحمد الله، لا خلاف فيها، فإن الله تعالى قال: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - : «لا توطأ حامل حتى تضع» . ولأن عدة الحرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملا بوضع حملها، وذلك لأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل، وهذا يحصل

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٤١

بوضعه، ومتى كانت حاملا باثنين أو أكثر. فلا ينقضي استبراؤها حتى تضع آخر حملها، على ما ذكرنا في المعتدة.

[فصل زوج أم ولده ثم مات في العدة]

(٦٣٧٠) فصل: وإذا زوج أم ولده، ثم مات، عتقت، ولم يلزمها استبراء؛ لأنها محرمة على المولى، وليست له فراشا، وإنما هي فراش للزوج، فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشا، ولأنه لم يزوجها حتى استبرأها، فإنه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها. فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها، فلا عدة عليها أيضا، وإن طلقها بعد." (١)

"ولا وثنية، ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة، والبيع يراد لغير ذلك، فصح قبل الاستبراء، ولهذا صح في هذه المحرمات، ووجب الاستبراء على المشتري؛ لما ذكرناه. فأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، فظاهر كلام الخرقي تحريم قبلتها ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها.

وهو ظاهر كلام أحمد، وفي أكثر الروايات عنه، قال: تستبرأ، وإن كانت في المهد. وروي عنه أنه قال: إن كانت صغيرة بأي شيء تستبرأ إذا كانت رضيعة. وقال في رواية أخرى: تستبرأ بحيضة إذا كانت ممن تحيض، وإلا بثلاثة أشهر إن كانت ممن توطأ وتحبل. فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها، ولا تحرم مباشرتها. وهذا اختيار ابن أبي موسى، وقول مالك، وهو الصحيح؛ لأن سبب الإباحة متحقق. وليس على تحريمها دليل، فإنه لا نص فيه، ولا معنى نص؛ لأن تحريم مباشرة الكبيرة إنما كان لكونه داعيا إلى الوطء المحرم، أو خشية أن تكون أم ولد لغيره، ولا يتوهم هذا في هذه، فوجب العمل بمقتضى الإباحة. فأما من يمكن وطؤها، فلا تحل قبلتها، ولا الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل الاستبراء، إلا المسبية، على إحدى الروايتين. وقال الحسن: لا يحرم من المشتراة إلا فرجها، وله أن يستمتع منها بما شاء، ما لم يمس؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما نهى عن الوطء، ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت الملك، فاختص بالفرج، كالحيض. ولنا أنه استبراء يحرم الوطء، فحرم الاستمتاع، كالعدة، ولأنه لا يأمن من كونها حاملا من بائعها، فتكون أم ولد، والبيع باطل، فيكون مستمتعا بأم ولد غيره، وبهذا فارق تحريم الوطء للحيض. فأما المسبية، فظاهر كلام الخرقي تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة. وهو الظاهر عن أحمد؛ لأن كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه، كالعدة، ولأنه داعية إلى الوطء المحرم، لأجل اختلاط المياه، واشتباه الأنساب، فأشبهت

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٣/٨

المبيعة.

وروي عن أحمد، أنه لا يحرم؛ لما روي عن ابن عمر، أنه قال: وقع في سهمي يوم جلولاء جارية، كأن عنقها إبريق فضة، فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبلتها، والناس ينظرون. ولأنه لا نص في المسبية، ولا يصح قياسها على المبيعة؛ لأنها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع، فيكون مستمتعا بأم ولد غيره، ومباشرا لمملوكة غيره، والمسبية مملوكة له على كل حال، وإنما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره. وقول الخرقي بعد تمام ملكه لها. يعني أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشتري لجميعها، ولو ملك بعضها، ثم ملك باقيها، لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها. وإن ملكها ببيع فيه الخيار، انبنى على نقل الملك في مدته، فإن قلنا: ينتقل.

فابتداء الاستبراء من حين البيع. وإن قلنا: لا ينتقل. فابتداؤه من حين انقطع الخيار. وإن كان المبيع معيبا، فابتداء الخيار من حين البيع؛." (١)

"إليه. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه أقرب إلى موضع الوجود، فأشبه من وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجد فيه أهل السهمان، فإنه ينقلها إلى أقرب موضع يجدهم فيه.

ولنا، أن الواجب سقط لعذر، ولم يرد الشرع له ببدل، فلا يجب، كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط، والمعتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد؛ ولأن ما ذكروه إثبات حكم بلا نص، ولا معنى نص، فإن معنى الاعتداد في بيتها لا يوجد في السكنى فيما قرب منه، ويفارق أهل السهمان؛ فإن القصد نفع الأقرب، وفي نقلها إلى أقرب موضع يجده نفع الأقرب، فوجب لذلك.

[فصل السكنى للمتوفى عنها زوجها]

(٦٣٩٤) فصل: قال أصحابنا: ولا سكنى للمتوفى عنها، إذا كانت حائلا. رواية واحدة. وإن كانت حاملا، فعلى روايتين. وللشافعي في سكنى المتوفى عنها قولان. وجه الوجوب قوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج﴾ [البقرة: ٢٤٠] . فنسخ بعض المدة، وبقي باقيها على الوجوب. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر فريعة بالسكنى في بيتها، من غير استئذان الورثة، ولو لم تجب السكنى، لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم، كما أنها ليس لها أن تتصرف في شيء من مال زوجها بغير إذنهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٤٩

ولنا، أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها، وجعل باقيها لسائر الورثة، والمسكن من التركة، فوجب أن لا يستحق منه أكثر من ذلك؛ ولأنها بائن من زوجها، فأشبهت المطلقة ثلاثا. وأما إذا كانت حاملا، وقلنا: لها السكنى. فلأنها حامل من زوجها، فوجب لها السكنى. قياسا على المطلقة.

فأما الآية التي احتجوا بها، فإنها منسوخة، وأما أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – فريعة بالسكنى، فقضية في عين، يحتمل أنه – عليه السلام – علم أن الوارث يأذن في ذلك، أو يكون الأمر يدل على وجوب السكنى عليها، ويتقيد ذلك بالإمكان، وإذن الوارث من جملة ما يحصل الإمكان به، فإذا قلنا لها السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء، من رأس مال المتوفى، ولا يباع في دينه بيعا يمنعها السكنى، فيه حتى تقضي العدة، وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو حنيفة وجمهور العلماء، وإن تعذر المسكن، فعلى الوارث أن يكتري لها مسكنا من مال الميت، فإن لم يفعل، أجبره الحاكم، وليس لها أن تنتقل من مسكنها إلا لعذر، كما ذكرنا. وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه، لم يجز؛ لأن هذه السكنى يتعلق بها حق الله تعالى، لأنها تجب للعدة، والعدة يتعلق بها حق الله تعالى، فلم يجز اتفاقهما على إبطالها، بخلاف سكنى النكاح؛ فإنها حق لهما؛ ولأن السكنى هاهنا من الإحداد، فلم يجز الاتفاق على تركها، كسائر خصال الإحداد.

وليس لهم أن يخرجوها، إلا أن تأتي بفاحشة مبينة. لقول الله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [الطلاق: ١] . وهي أن تطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم." [١]

"ولنا، أن هذا ليس برضاع، ولا يحصل به التغذي، فلم ينشر الحرمة، كما لو قطر في إحليله؛ ولأنه ليس برضاع، ولا في معناه، فلم يجز إثبات حكمه فيه، ويفارق فطر الصائم، فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم، ولا إنشاز العظم، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم؛ ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق، أشبه ما لو وصل من جرح.

[مسألة الرضاعة باللبن المختلط بغيره]

(٦٤١٧) مسألة: قال: (واللبن المشوب كالمحض) المشوب: المختلط بغيره. والمحض: الخالص الذي لا يخالطه سواه. وسوى الخرقي بينهما، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو بكر: قياس قول أحمد، أنه لا يحرم؛ لأنه وجور.

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٦٠

وحكي عن ابن حامد أنه قال: إن كان الغالب اللبن حرم، وإلا فلا. وهو قول أبي ثور، والمزني؛ لأن الحكم للأغلب، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به. ونحو هذا قول أصحاب الرأي، وزادوا، فقالوا: إن كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام، أو حتى تغير، فليس برضاع. ووجه الأول، أن اللبن متى كان ظاهرا، فقد حصل شربه، ويحصل منه إنبات اللحم وإنشاز العظم، فحرم، كما لو كان غالبا، وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية، فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به، لم يثبت به التحريم؛ لأن هذا ليس بلبن مشوب، ولا يحصل به التغذي، ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم.

وحكي عن القاضي، أن التحريم يثبت به. وهو قول الشافعي؛ لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه، فأشبه ما لو كان لونه ظاهرا. ولنا، أن هذا ليس برضاع، ولا في معناه، فوجب أن لا يثبت حكمه فيه. (٦٤١٨) فصل: وإن حلب من نسوة، وسقيه الصبي، فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن؛ لأنه لو شيب بماء أو عسل، لم يخرج عن كونه رضاعا محرما، فكذلك، إذا شيب بلبن آخر.

[مسألة الرضاع بلبن الميتة]

(٦٤١٩) مسألة؛ قال: (ويحرم لبن الميتة، كما يحرم لبن الحية؛ رأن اللبن لا يموت) المنصوص عن أحمد، في رواية إبراهيم الحربي، أنه ينشر الحرمة. وهو اختيار أبي بكر. وهو قول أبي ثور، والأوزاعي، وابن القاسم، وأصحاب الرأي، وابن المنذر. وقال الخلال: لا ينشر الحرمة.." [1]

"والزهري، والأوزاعي، وابن أبي ذئب، وسعيد بن عبد العزيز.

وعن أحمد، رواية أخرى: لا يقبل إلا شهادة امرأتين. وهو قول الحكم؛ لأن الرجال أكمل من النساء؛ ولا يقبل إلا شهادة رجلين، فالنساء أولى. وعن أحمد، رواية ثالثة، أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة، وتستحلف مع شهادتها. وهو قول ابن عباس، وإسحاق؛ لأن ابن عباس قال، في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلا وأهله، فقال: إن كانت مرضية، استحلفت، وفارق امرأته. وقال: إن كانت كاذبة، لم يحل الحول حتى يبيض ثدياها. يعني يصيبها فيها برص، عقوبة على كذبها. وهذا لا يقتضيه قياس، ولا يهتدي إليه رأي، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفا. وقال عطاء، وقتادة، والشافعي: لا يقبل من النساء أقل من أربع؛ لأن كل امرأتين كرجل.

وقال أصحاب الرأي: لا يقبل فيه إلا رجلان، أو رجل وامرأتان. وروي ذلك عن عمر؛ لقول الله تعالى:

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٥/٨

﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] . ولنا، ما روى عقبة بن الحارث، قال: «تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما. فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم -، فذكرت ذلك له، فقال: وكيف، وقد زعمت ذلك» . متفق عليه وفي لفظ رواه النسائي، قال: «فأتيته من قبل وجهه، فقلت: إنها كاذبة. قال: كيف، وقد زعمت أنها قد أرضعتكما، خل سبيلها» . وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة. وقال الزهري: فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان - رضي الله عنه - بشهادة امرأة في الرضاع. وقال الأوزاعي: فرق عثمان بين أربعة وبين نسائهم، بشهادة امرأة في الرضاع. وقال الشعبي: كانت القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة، بشهادة امرأة واحدة في الرضاع. ولأن هذا شهادة على عورة، فيقبل فيه شهادة النساء المنفردات، كالولادة. وعلل الشافعي، بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات، فيقبل فيه شهادة المرأة المنفردة، كالخبر.

[فصل شهادة المرضعة على فعل نفسها]

(٦٤٤٧) فصل: ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها؛ لما ذكرنا من حديث عقبة، من أن الأمة السوداء قالت: قد أرضعتكما. فقبل النبي - صلى الله عليه وسلم - شهادتها. ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود، ولا تدفع عنها به ضررا، فقبلت شهادتها به، كفعل غيرها. فإن قيل: فإنها تستبيح الخلوة به، والسفر معه، وتصير محرما له. قلنا: ليس هذا من الأمور المقصودة، التي ترد بها الشهادة، ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلانا طلق زوجته، وأعتق أمته، قبلت شهادتهما، وإن كان يحل لهما نكاحهما بذلك.." (١)

"[مسألة منع امرأته النفقة لعسرته]

(٦٤٧٢) مسألة: قال: (فإذا منعها، ولم تجد ما تأخذه، واختارت فراقه، فرق الحاكم بينهما) وجملته أن الرجل إذا منع امرأته النفقة، لعسرته، وعدم ما ينفقه، فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه، وبين فراقه. وروي نحو ذلك عن عمر، وعلي، وأبي هريرة. وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وربيعة، وحماد، ومالك، ويحيى القطان، وعبد الرحمن بن مهدي، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور.

وذهب عطاء، والزهري، وابن شبرمة، وأبو حنيفة وصاحباه، إلى أنها لا تملك فراقه بذلك، ولكن يرفع يده عنها لتكتسب؛ لأنه حق لها عليه، فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه، كالدين. وقال العنبري: يحبس إلى أن

(١) المغني لابن قدامة ١٩١/٨

ينفق ولنا، قول الله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] . وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكا بمعروف، فيتعين التسريح.
وروى سعيد، عن سفيان، عن ابن أبي الزناد، قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، أيفرق بينهما؟ قال: نعم. قلت: سنة؟ قال: سنة. وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. وقال ابن المنذر ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد، في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى. ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء، والضرر فيه، أقل، لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى. إذا ثبت هذا، فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق، فللمرأة المطالبة بالفسخ، من غير إنظار. وهذا أحد قولي الشافعي.
وقال حماد بن أبي سليمان: يؤجل سنة قياسا على العنين. وقال عمر بن عبد العزيز: اضربوا له شهرا أو شهرين. وقال مالك: الشهر ونحوه. وقال الشافعي في القول الآخر: يؤجل ثلاثا؛ لأنه قريب. ولنا، ظاهر حديث عمر، ولأنه معنى يثبت الفسخ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه، فوجب، أن يثبت الفسخ في الحال، كالعيب، ولأن سبب الفسخ الإعسار، وقد وجد، فلا يلزم التأخير.

[فصل لم تجد الزوجة النفقة إلا يوما بيوم]
(٦٤٧٣) فصل: وإن لم يجد النفقة إلا يوما بيوم، فليس ذلك إعسارا يثبت به الفسخ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه، وقد قدر عليه. وإن وجد في أول النهار ما يغديها، وفي آخره ما يعشيها، لم يكن لها الفسخ؛ لأنها تصل إلى كفايتها، وما يقوم به بدنها. وإن كان صانعا يعمل في الأسبوع ما يبيعه في يوم بقدر كفايتها." (١)

"والشافعي، وابن المنذر، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم؛ لأنها أنفقت ما لا تستحق. وإن فضل لها شيء فهو لها وإن فضل عليها شيء، وكان لها صداق أو دين على زوجها، حسب منه، وإن لم يكن لها شيء من ذلك، كان الفضل دينا عليها، والله أعلم.

[فصل أعسر الزوج بالصداق]
(٦٤٨٣) فصل: وإن أعسر الزوج بالصداق، ففيه ثلاثة أوجه؛ أصحها، ليس لها الفسخ. وهو اختيار ابن

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٠٤

حامد. والثاني، لها الفسخ. وهو اختيار أبي بكر؛ لأنه أعسر بالعوض، فكان لها الرجوع في المعوض، كما لو أعسر بثمن مبيعها. والثالث، إن أعسر قبل الدخول، فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله، وإن كان بعد الدخول، لم تملك الفسخ؛ لأن المعقود عليه قد استوفي، فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه.

ولنا، أنه دين، فلم يفسخ النكاح للإعسار به، كالنفقة الماضية، ولأن تأخيره ليس فيه ضرر مجحف، فأشبه نفقة الخادم والنفقة الماضية، ولأنه لا نص فيه، ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع؛ لأن الثمن كل مقصود البائع، والعادة تعجيله، والصداق فضلة ونحلة، ليس هو المقصود في النكاح، ولذلك لا يفسد النكاح بفساده، ولا بترك ذكره، والعادة تأخيره، ولأن أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسرا به، وليس الأكثر أن من تزوج بمهر يكون موسرا به، ولا يصح قياسه على النفقة؛ لأن الضرورة لا تندفع إلا بها، بخلاف الصداق، فأشبه شيء به النفقة الماضية. وللشافعي نحو هذه الوجوه. وإذا قلنا: لها الفسخ للإعسار به. فتزوجته عالمة بعسرته، فلا خيار لها، وجها واحدا؛ لأنها رضيت به كذلك. وكذلك إن علمت عسرته بعد العقد، فرضيت بالمقام سقط حقها من الفسخ، لأنها رضيت بإسقاط حقها بعد وجوبه، فسقط كما لو رضيت بعنته.

[فصل نفقة الأمة المزوجة]

(٦٤٨٤) فصل: ونفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدها؛ لأن كل واحد منهما ينتفع بها، ولكل واحد منهما طلبها إن امتنع الزوج من أدائها، ولا يملك واحد منهما إسقاطها؛ لأن في سقوطها بإسقاط أحدهما ضررا بالآخر. وإن أعسر الزوج بها، فلها الفسخ؛ لأنه عجز عن نفقتها، فملكت الفسخ، كالحرة، وإن لم تفسخ، فقال القاضي: لسيدها الفسخ؛ لأن عليه ضررا في عدمها، لما يتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه، فإن أنفق عليها سيدها محتسبا بالرجوع، فله الرجوع بها على الزوج، رضيت بذلك أو كرهت؛ لأن." (١)

"قال: عندي آخر؟ قال: أنفقه على خادمك. قال: عندي آخر؟ . قال: أنت أعلم» . ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء، ولأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين، ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها، فلا يصح قياسه عليهم. ولنا، قول الله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٣] . ثم قال: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] . فأوجب على الأب نفقة الرضاع،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٠٩

ثم عطف الوارث عليه، فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد.

وروي «أن رجلا سأل النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: من أبر؟ قال: أمك وأباك، وأختك وأخاك. وفي لفظ: ومولاك الذي هو أدناك، حقا واجبا، ورحما موصولا.» رواه أبو داود. وهذا نص؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – ألزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة، جعلها حقا واجبا، وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه، فإن اللفظ عام في كل ذي رحم فيكون حجة عليه في عداد الرحم المحرم، وقد اختصت بالوارث في الإرث فكذلك في الإنفاق.

وأما خبر أصحاب الشافعي، فقضية في عين، يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالإنفاق عليه؛ ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد. وقولهم: لا يصح ال قياس. قلنا: إنما أثبتناه بالنص، ثم إنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد، مع التفاوت، فبطل ما قالوه. إذا ثبت هذا، فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب، لعموم الآية، ولا يتناول ذوي الأرحام، على ما مضى بيانه، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر، كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه، والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها، فالنفقة على الوارث دون الموروث. نص عليه أحمد، في رواية ابن زياد، فقال: يلزم الرجل نفقة بنت عمه، ولا يلزمه نفقة بنت أخته. وذكر أصحابنا رواية أخرى لا تجب النفقة على الوارث هاهنا؛ لقول أحمد: العمة والخالة لا نفقة لهما. إلا أن القاضي قال: هذه الرواية محمولة على العمة من الأم فإنه لا يرثها؛ لكونه ابن أخيها من أمها. وقد ذكر الخرقي، أن على الرجل نفقة معتقه؛ لأنه وارثه. ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه، ولا تلزمه نفقته. فعلى هذا، يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك، ولا يلزمهن نفقته. وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى؛ لقول الله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] . وكل واحد من هؤلاء وارث.

[مسألة كان للصبي أم وجد فما يلزمهم من النفقة]

(٦٤٩٧) مسألة: قال: (فإن كان للصبي أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة، وعلى الجد ثلثا النفقة)." [1]

"قيل: فلو امتنعت لصغر أو مرض، لم يلزمه نفقتها قلنا: الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها، وكذلك الامتناع للصغر، وها هنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج، وهو منعه لما وجب لها عليه، فأشبه ما لو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج، فإنه لا تسقط نفقتها عنه، ولو تعذر لصغرها، لا تلزمه نفقتها.

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢١٨

[فصل سافرت زوجته بغير إذنه]

(٦٥٢٤) فصل: إذا سافرت زوجته بغير إذنه، سقطت نفقتها عنه؛ لأنها ناشز وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه وإن سافرت بإذنه، في حاجته، فهي على نفقتها؛ لأنها سافرت في شغله ومراده، وإن كان في حاجة نفسها، سقطت نفقتها؛ لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها، وقضاء حاجتها، فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها، إلا أن يكون مسافرا معها، متمكنا من استمتاعها، فلا تسقط نفقتها؛ لأنها لم تفوت التمكين، فأشبهت غير المسافرة

ويحتمل أن لا تسقط نفقتها، وإن لم يكن معها؛ لأنها مسافرة بإذنه، أشبه ما لو سافرت في حاجته، وسواء كان سفرها لتجارة، أو حج تطوع، أو زيارة ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه، سقطت نفقتها؛ لأنها في معنى المسافرة وإن أحرمت به بإذنه، فقال القاضي: لها النفقة والصحيح أنها كالمسافرة؛ لأنها بإحرامها مانعة له من التمكين، فهي كالمسافرة لحاجة نفسها، على ما ذكرناه وإن أحرمت بالحج الواجب، أو العمرة الواجبة، في الوقت الواجب، من الميقات، فلها النفقة؛ لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته، فلم تسقط نفقتها، كما لو صامت رمضان وإن قدمت الإحرام على الميقات، أو قبل الوقت خرج فيها من القول ما في المحرمة بحج التطوع؛ لأنها فوتت عليه التمكين بشيء مستغنى عنه.

[فصل صامت الزوجة رمضان لم تسقط نفقتها]

(٦٥٢٥) فصل: فإن اعتكفت، فال قياس أنه كسفرها، إن كان بغير إذنه فهي ناشز؛ لخروجها من منزل زوجها بغير إذنه فيما ليس بواجب بأصل الشرع، وإن كان بإذنه، فلا نفقة لها في قول الخرقي وقال القاضي: لها النفقة وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها؛ لأنه واجب مضيق بأصل الشرع، لا يملك منعها منه، فلم تسقط نفقتها، كالصلاة؛ ولأنه يكون صائما معها، فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه، وإن كان تطوعا، لم تسقط نفقتها؛ لأنها لم تخرج عن قبضته، ولم تأت بما يمنعه من الاستمتاع بها، فإنه يمكنه تفطيرها ووطؤها، فإن أراد ذلك منها فمنعته، سقطت نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب وإن كان صوما منذورا معلقا بوقت معين، فقال القاضي: لها النفقة؛ لأن أحمد نص على أنه ليس له منعها

ويحتمل أنه إن كان نذرها قبل النكاح، أو كان النذر بإذنه، لم تسقط نفقتها؛ لأنه كان واجبا عليها بحق سابق على." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٣١

"فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتي فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: اقعد ناحية، وقال لها: اقعدي ناحية، وقال: ادعواها فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: اللهم اهدها فمالت إلى أبيها، فأخذها» رواه أبو داود ولنا، أنها ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم، كولاية النكاح والمال، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق، فالكافر أولى، فإن ضرره أكثر، فإنه يفتنه عن دينه، ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر، وتزيينه له، وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر والحضانة إنما تثبت لحظ الولد، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه فأما الحديث، فقد روي على غير هذا الوجه، ولا يثبته أهل النقل، وفي إسناده مقال قال ابن المنذر

ويحتمل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – علم أنها تختار أباها بدعوته، فكان ذلك خاصا في حقه فأما من بعضه حر، فإن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة، فلا حضانة له؛ لأنه لا يقدر عليها، لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده، وإن كان بينهما مهايأة، ف قياس قول أحمد، أن له الحضانة في أيامه؛ لأنه قال: كل ما يتجزأ، فعليه النصف من كل شيء وهذا اختيار أبي بكر وقال الشافعي: لا حضانة له لأنه كالقن عنده وهذا أصل قد تقدم.

[مسألة من أحق بكفالة الطفل والمعتوه]

(٦٥٣٥) مسألة: قال: (والأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه، إذا طلقت) وجملته أن الزوجين إذا افترقا، ولهما ولد طفل أو معتوه، فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها، ذكرا كان أو أنثى، وهذا قول يحيى الأنصاري، والزهري، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحدا خالفهم

والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص، «أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: أنت أحق به ما لم تنكحي» رواه أبو داود ويروي أن أبا بكر الصديق، حكم على عمر بن الخطاب بعاصم." (١)

"ولأنه عصبة، فأشبه الأب وكذلك إن كانت الأم معدومة، أو من غير أهل الحضانة، فسلم إلى الجدة، خير الغلام بينها وبين أبيه، أو من يقوم مقامه من العصبات، فإن كان الأبوان معدومين، أو من غير أهل

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٨/٨

الحضانة، فسلم إلى امرأة كأخته أو عمته أو خالته، قامت مقام أمه، في التخيير بينها وبين عصباته، للمعنى الذي ذكرناه في الأبوين فإن كان الأبوان رقيقين، وليس له أحد من أقاربه سواهما، فقال القاضي: لا حضانة لهما عليه، ولا نفقة له عليهما، ونفقته في بيت المال، ويسلم إلى من يحضنه من المسلمين.

[فصل يخير الغلام في الحضانة بشرطين]

(٦٥٤١) فصل: وإنما يخير الغلام بشرطين؛ أحدهما، أن يكونا جميعا من أهل الحضانة، فإن كان أحدهما من غير أهل الحضانة، كان كالمعدوم، ويعين الآخر. الثاني: أن لا يكون الغلام معتوها، فإن كان معتوها كان عند الأم، ولم يخير؛ لأن المعتوه بمنزلة الطفل وإن كان كبيرا، ولذلك كانت الأم أحق بكفالة ولدها المعتوه بعد بلوغه ولو خير الصبي، فاختار أباه، ثم زال عقله، رد إلى الأم، وبطل اختياره؛ لأنه إنما خير حين استقل بنفسه، فإذا زال استقلاله بنفسه، كانت الأم أولى؛ لأنها أشفق عليه، وأقوم بمصالحه، كما في حال طفوليته.

[مسألة بلغت الجارية سبع سنين على من الحضانة]

(٦٥٤٢) مسألة: قال: (وإذا بلغت الجارية سبع سنين، فالأب أحق بها) وقال الشافعي: تخير كالغلام؛ لأن كل سن خير فيه الغلام خيرت فيه الجارية، كسن البلوغ وقال أبو حنيفة: الأم أحق بها، حتى تزوج أو تحيض وقال مالك: الأم أحق بها حتى تزوج ويدخل بها الزوج؛ لأنها لا حكم لاختيارها، ولا يمكن انفرادها، فكانت الأم أحق بها، كما قبل السبع

ولنا، أن الغرض بالحضانة الحظ، والحظ للجارية بعد السبع في الكون عند أبيها؛ لأنها تحتاج إلى حفظ، والأب أولى بذلك، فإن الأم تحتاج إلى من يحفظها ويصونها، ولأنها إذا بلغت السبع، قاربت الصلاحية للتزويج، وقد تزوج النبي – صلى الله عليه وسلم – عائشة، وهي ابنة سبع، وإنما تخطب الجارية من أبيها؛ لأنه وليها، والمالك لتزويجها، وهو أعلم بالكفاءة، وأقدر على البحث، فينبغي أن يقدم على غيره، ولا يصار إلى تخييرها؛ لأن الشرع لم يرد به فيها، ولا يصح قياسها على الغلام؛ لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج، كحاجتها إليه، ولا على سن البلوغ؛ لأن قولها حينئذ معتبر في إذنها، وتوكيلها، وإقرارها، واختيارها، بخلاف مسألتنا، ولا يصح قياس ما بعد السبع على ما قبلها؛ لما ذكرنا في دليلنا.." [1]

(١) المغني لابن قدامة ٢٤١/٨

"قضى بها لخالتها؛ لأن زوجها من أهل الحضانة، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة، فكان أولى وعلى هذا، متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة، كالجدة تكون متزوجة للجد، لم تسقط حضانتها؛ لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد، فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان في الحضانة، وأحدهما متزوج للأم، أو الخالة، فهو أحق، لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا، وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة، قدم بها لذلك وظاهر قول الخرقي، أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي، ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك؛ لأن به تشتغل عن الحضانة ووجه الأول، قول «النبي - صلى الله عليه وسلم -: أنت أحق به ما لم تنكحي»

وقد وجد النكاح قبل الدخول، ولأن بالعقد يملك منافعها، ويستحق زوجها منعها من حضانته، فزال حقها، كما لو دخل بها

(٦٥٤٧) الفصل الثاني: أن الأم إذا عدمت، أو تزوجت، أو لم تكن من أهل الحضانة، واجتمعت أم أب وخالة، فأم الأب أحق وبه قال أبو حنيفة، والشافعي في الجديد وحكي ذلك عن مالك، وأبي ثور وروي عن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب فعلى هذا، يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب وهو قول الشافعي القديم؛ لأنها تدلي بأم، وأم الأب تدلي به، فقدم من يدلي بالأم، كتقديم أم الأم على أم الأب، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى ببنت حمزة لخالتها، وقال: «الخالة أم» ولنا، أن أم الأب جدة وارثة، فقدمت على الخالة، كأم الأم، ولأن لها ولادة ووراثة، فأشبهت أم الأم

فأما الحديث، فيدل على أن للخالة حقا في الجملة، وليس النزاع فيه، إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع وقولهم: تدلي بأم قلنا: لكن لا ولادة لها، فيقدم عليها من له ولادة، كتقديم أم الأم على الخالة فعلى هذا، متى وجدت جدة وارثة، فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال وإن علت درجتها؛ لفضيلة الولادة والوراثة، فأما أم أبي الأم فلا حضانة لها؛ لأنها تدلي بأبي الأم، ولا حضانة له، ولا من أدلى به.

[فصل اجتمعت أم أم وأم أب فأيهم أحق بالحضانة]

(٦٥٤٨) فصل: فإن اجتمعت أم أم وأم أب، فأم الأم أحق، وإن علت درجتها؛ لأن لها ولادة، وهي تدلي

بالأم التي تقدم على الأب، فوجب تقديمها عليها، كتقديم الأم على الأب وعن أحمد أن أم الأب أحق وهو قياس." [1]

"أحدهما صاحبه، ضمنه بالدية، ولم يجب القود.

وحكي عن أحمد رواية كقوله. ولو قتل رجل أسيرا مسلما في دار الحرب، لم يضمنه إلا بالدية، عمدا قتله أو خطأ. ولنا، ما ذكرنا من الآيات والأخبار، ولأنه قتل من يكافئه عمدا ظلما، فوجب عليه القود، كما لو قتله في دار الإسلام؛ ولأن كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام، يجب وإن لم يكن فيها إمام، كدار الإسلام.

[فصل قتل الغيلة]

(٦٥٨٦) فصل: وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو، وذلك للولي دون السلطان. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر. وقال مالك: الأمر عندنا أن يقتل به، وليس لولي الدم أن يعفو عنه، وذلك إلى السلطان. والغيلة عنده، أن يخدع الإنسان، فيدخل بيتا أو نحوه، فيقتل أو يؤخذ ماله. ولعله يحتج بقول عمر، في الذي قتل غيلة: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدتهم. به وب قياسه على المحارب.

ولنا، عموم قوله تعالى: ﴿فقد جعلنا لوليه سلطانا﴾ [الإسراء: ٣٣] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فأهله بين خيرتين» . ولأنه قتيل في غير المحاربة، فكان أمره إلى وليه، كسائر القتلى، وقول عمر: لأقدتهم به. أي أمكنت الولي من استيفاء القود منهم.

[فصل قتل رجلا، وادعى أنه وجده مع امرأته]

(٦٥٨٧) فصل: وإذا قتل رجلا، وادعى أنه وجده مع امرأته، أو أنه قتله دفعا عن نفسه، أو أنه دخل منزله يكابره على ماله، فلم يقدر على دفعه إلا بقتله، لم يقبل قوله إلا ببينة، ولزمه القصاص. روي نحو ذلك عن علي - رضي الله عنه - وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. ولا أعلم فيه مخالفا، وسواء وجد في دار القاتل، أو في غيرها، أو وجد معه سلاح، أو لم يوجد؛ لما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله، فقال: إن لم يأت بأربعة شهداء، فليعط برمته. ولأن الأصل عدم ما يدعيه، فلا يثبت بمجرد الدعوى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٤٤

وإن اعترف الولي بذلك، فلا قصاص عليه ولا دية؛ لما روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه كان يوما يتغدى، إذ جاءه رجل يعدو، وفي يده سيف ملطخ بالدم، ووراءه قوم يعدون خلفه، فجاء حتى جلس مع عمر، فجاء الآخرون، فقالوا: يا أمير المؤمنين، إن هذا قتل صاحبنا. فقال له عمر: ما يقولون؟ فقال: يا أمير المؤمنين، إني ضربت فخذي امرأتي، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته. فقال عمر: ما يقول؟ قالوا: يا أمير المؤمنين، إنه ضرب بالسيف، فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة. فأخذ عمر سيفه." (١)

"[فصل قتل أحد أبوي المكاتب المكاتب أو عبدا له]

(٦٦٢٨) فصل: وإذا قتل أحد أبوي المكاتب المكاتب، أو عبدا له، لم يجب القصاص؛ لأن الوالد لا يقتل بولده، ولا يثبت للولد على والده قصاص. وإن اشترى المكاتب أحد أبويه، ثم قتله، لم يجب عليه قصاص؛ لأن السيد لا يقتل بعبده.

[فصل ابنان قتل أحدهما أباه والآخر أمه]

(٦٦٢٩) فصل: ابنان قتل أحدهما أباه، والآخر أمه، فإن كانت الزوجية بينهما موجودة حال قتل الأول، فالقصاص على قاتل الثاني دون الأول؛ لأن القتيل الثاني ورث جزءا من دم الأول، فلما قتل ورثه قاتل الأول، فصار له جزء من دم نفسه، فسقط القصاص عنه، ووجب له القصاص على أخيه، فإن قتله، ورثه إن لم يكن وارث سواه؛ لأنه قتل بحق، وإن عفا عنه إلى الدية، وجبت، وتقاصا بما بينهما، وما فضل لأحدهما فهو له على أخيه. وإن لم تكن الزوجية بين الأبوين قائمة، فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه؛ لأنه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله، فإن بادر أحدهما فقتل صاحبه، فقد استوفى حقه، وسقط القصاص عنه؛ لأنه يرث أخاه؛ لكونه قتلا بحق، فلا يمنع الميراث، إلا أن يكون للمقتول ابن، أو ابن ابن يحجب القاتل، فيكون له قتل عمه، ويرثه إن لم يكن له وارث سواه.

وإن تشاحا في المبتدئ منهما بالقتل، احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول؛ لأنه أسبق، واحتمل أن يقرع بينهما. وهذا قول القاضي، ومذهب الشافعي؛ لأنهما تساويا في الاستحقاق، فيصيرا إلى القرعة، وأيهما قتل صاحبه أولا، إما بمبادرة أو قرعة، ورثه، في قياس المذهب، إن لم يكن له وارث سواه، وسقط عنه القصاص، وإن كان محجوبا عن ميراثه كله، فلو ورث القتيل قتل الآخر. وإن عفا أحدهما عن الآخر، ثم قتل المعفو عنه العافي، ورثه أيضا، وسقط عنه ما وجب عليه من الدية. وإن تعافيا جميعا على الدية، تقاصا

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٧٠

بما استويا فيه، ووجب لقاتل الأم الفضل على قاتل الأب؛ لأن عقل الأم نصف عقل الأب. ويتخرج أن يسقط القصاص عنهما؛ لتساويهما في استحقاقه، كسقوط الدينين إذا تساوتا، ولأنه لا سبيل إلى استيفائهما معا، واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف، فلا يجوز، فتعين السقوط.

وإن كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه، فإذا قتل أحدهما صاحبه، ورثه ابنه، ثم لابنه أن يقتل عمه، ويرثه ابنه، ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذي قتله عمه دون الذي قتله أبوه. وإن كان لكل واحد منهما بنت، فقتل أحدهما صاحبه، سقط القصاص عنه؛ لأنه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه، فسقط عنه القصاص، وورث مال أبيه الذي قتله أخوه ونصف مال أخيه." (١)

"ونصف مال أبيه الذي قتله هو، وورثت البنت التي قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها، ولها على عمها نصف دية قتيله.

[فصل أربعة إخوة قتل الأول الثاني والثالث الرابع]

(٦٦٣٠) فصل: أربعة إخوة، قتل الأول الثاني، والثالث الرابع، فالقصاص على الثالث؛ لأنه لما قتل الرابع، لم يرثه، وورثه الأول وحده، وقد كان للرابع نصف قصاص الأول، فرجع نصف قصاصه إليه، فسقط، ووجب للثالث نصف الدية، وكان للأول قتل الثالث؛ لأنه لم يرث من دم نفسه شيئا، فإن قتله، ورثه في ظاهر المذهب، ويرث ما يرثه عن أخيه الثاني، وإن عفا عنه إلى الدية، وجبت عليه بكمالها يقاصه بنصفها. وإن كان لهما ورثة، كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها.

[مسألة يقتل الولد بكل واحد من الوالدين]

(٦٦٣١) مسألة: قال: (ويقتل الولد بكل واحد منهما) هذا قول عامة أهل العلم؛ منهم مالك، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وحكى أصحابنا عن أحمد، رواية ثانية، أن الابن لا يقتل بأبيه؛ لأنه ممن لا تقبل شهادته له بحق النسب، فلا يقتل به كالأب مع ابنه. والمذهب أنه يقتل به؛ للآيات، والأخبار، وموافقة القياس، ولأن الأب أعظم حرمة وحقا من الأجنبي، فإذا قتل بالأجنبي، فبالأب أولى، ولأنه يحد بقذفه، فيقتل به، كالأجنبي. ولا يصح قياس الابن على الأب؛ لأن حرمة الوالد على الولد آكد، والابن مضاف إلى أبيه فاللام التمليك، بخلاف الوالد مع الولد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٨٨

وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين عن سراقة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –؛ أحدهما:
أنه قال: «لا يقاد الأب من ابنه، ولا الابن من أبيه» .
والثاني: أنه «كان يقيد الأب من ابنه، ولا يقيد الابن من أبيه.» رواه الترمذي. وهذان الحديثان؛ الحديث الأول لا نعرفه، ولم نجده في كتب السنن المشهورة، ولا أظن له أصلا، وإن كان له أصل فهما متعارضان متدافعان، يجب اطراحهما، والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة، والإجماع الذي لا تجوز مخالفته.

[مسألة يقتل الجماعة بالواحد]
(٦٦٣٢) مسألة: قال: (ويقتل الجماعة بالواحد) وجملته أن الجماعة إذا قتلوا واحدا، فعلى كل واحد منهم القصاص، إذا كان كل واحد منهم لو انفرد." (١)

"الزيادة، إلا أن يكون ذلك بسبب من الجاني، كاضطرابه حال الاستيفاء، فلا شيء على المقتص؛ لأنه حصل بفعل الجاني. فإن اختلفا هل فعله خطأ أو عمدا؟ فالقول قول المقتص مع يمينه؛ لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه، وهو أعلم بقصده، وإن قال المقتص: حصل هذا باضطرابك، أو فعل من جهتك. فالقول قول المقتص منه؛ لأنه منكر.
فإن سرى الاستيفاء الذي حصلت فيه الزيادة إلى نفس المقتص منه، فمات، أو إلى بعض أعضائه، مثل أن قطع إصبعه، فسرى إلى جميع يده، أو اقتص منه بآلة كالة أو مسمومة، أو في حال حر مفرط، أو برد شديد، فسرى، فقال القاضي: على المقتص نصف الدية؛ لأنه تلف بفعلين؛ جائز ومحرم، ومضمون وغير مضمون، فانقسم الواجب عليهما نصفين، كما لو جرحه جرحا في حال ردته وجرحا بعد إسلامه، فمات منهما. وهذا كله مذهب الشافعي. ويحتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها، فيما إذا اقتص بآلة مسمومة أو كالة؛ لأن الفعل كله محرم، بخلاف قطع الإصبعين، فإن أحدهما مباح.

[فصل لا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان]
(٦٦٥٨) فصل: قال القاضي: ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان. وحكاه عن أبي بكر. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه، فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي.
فإن استوفاه من غير حضرة السلطان، وقع الموقع، ويعزر؛ لافتياته بفعل ما منع فعله. ويحتمل أن يجوز

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٩/٨

الاستيفاء بغير حضرة السلطان، إذا كان القصاص في النفس؛ لأن «رجلا أتى النبي – صلى الله عليه وسلم – برجل يقوده بنسعة، فقال: إن هذا قتل أخي. فاعترف بقتله. فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: اذهب، فاقتله» . رواه مسلم بمعناه. ولأن اشتراط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس، ولم يثبت ذلك. ويستحب أن يحضر شاهدين، لئلا يجحد المجني عليه الاستيفاء. وإذا أراد الولي الاستيفاء، فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفي بها، فإن كانت كالة منعه الاستيفاء بها، لئلا يعذب المقتول. وقد روى شداد بن أوس، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته، وليرح ذبيحته» .." (١)

"قطع يد عبد، وعليه نصف دية حر؛ لأن المجني عليه حر في حال قرار الجناية، وعلى الثاني القصاص في النفس إذا كانا عمدا القطع؛ لأنه شارك في القتل عمدا عدوانا، فهو كشريك الأب. ويتخرج أن لا قصاص عليه في النفس؛ لأن الروح خرجت من سراية قطعين؛ موجب وغير موجب، بناء على شريك الأب. وإن عفا عنه إلى الدية، فعليه نصف دية حر. وإن قلنا بوجوب القصاص في النفس، خرج في وجوبه في الطرف روايتان، وإن قلنا: لا تجب في النفس. وجب في الرجل.

[فصل قلع عين عبد ثم أعتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجله]

(٦٦٦٨) فصل: وإن قلع عين عبد، ثم أعتق، ثم قطع آخر يده، ثم قطع آخر رجله، فلا قود على الأول، سواء اندمل جرحه أو سرى، وأما الآخران، فعليهما القود في الطرفين إن وقف قطعهما، أو ديتهما إن عفا عنهما. وإن سرت الجراحات كلها، فعليهما القصاص في النفس؛ لأن جنايتهما صارت نفسا. وفي ذلك وفي القصاص في الطرف اختلاف، وقد ذكرناه، وإن عفا عنهما، فعليهم الدية أثلاثا، وفيما يستحقه السيد وجهان؛ أحدهما: أقل الأمرين من نصف القيمة أو ثلث الدية. هذا قياس قول أبي بكر؛ لأنه بالقطع استحق نصف القيمة، فإذا صارت نفسا، وجب فيها ثلث الدية، فكان له أقل الأمرين. والثاني: له أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية؛ لأن الجناية إذا صارت نفسا، كان الاعتبار بما آلت إليه، ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضا، لم يكن على الأول إلا ثلث القيمة، فلا يزيد حقه بالعتق، كما لو قلع رجل عينه، ثم باعه سيده، ثم قطع آخر يده، وآخر رجله، ثم مات، فإنه يكون للأول ثلث القيمة. وإن كان أرش الجناية نصف القيمة، فإذا قلنا بالوجه الأول، فلو كان الأول قطع إصبعيه، أو هشمه، والجانيان

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٠٦

في الحرية قطعا يده، فالدية عليهم أثلاثا، للسيد منها أقل الأمرين من أرش الإصبع وهو عشر القيمة أو ثلث الدية. ولو كان الجاني في حال الرق قطع يديه، والجانيان في الحرية قطعا رجليه، وجبت الدية أثلاثا، وكان للسيد منها أقل الأمرين من جميع قيمته أو ثلث الدية. وعلى الوجه الآخر، يكون له في الفرعين أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية. (٦٦٦٩) فصل: فإن كان الجانيان في حال الرق، والواحد في حال الحرية، فمات، فعليهم الدية، وللسيد من ذلك." [١]

"تقدم القطع أو تأخر. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي.

وقال مالك: يقتل ولا يقطع؛ لأنه إذا قتل تلف الطرف، فلا فائدة في القطع، فأشبه ما لو كانا لواحد. ولنا، أنهما جنايتان على رجلين، فلم يتداخلا، كقطع يدي رجلين. وما ذكره من ال قياس غير صحيح؛ لأنه قد قال: لو قطع يد رجل، ثم قتله يقصد المثلة به، قطع وقتل. ونحن نوافقه على هذا في رواية، فقد حصل الإجماع منا ومنهم على انتفاء التداخل في الأصل، فكيف يقيس عليه، ولكنه ينقلب دليلا عليه، فنقول: قطع وقتل، فيستوفى منه مثل ما فعل، كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به، ويثبت الحكم في محل النزاع بطريق التنبيه، فإنه إذا لم يتداخل حق الواحد، فحق الاثنين أولى، ويبطل بهذا ما قاله من المعنى.

[فصل قطع إصبعا من يمين رجل ويمينا لآخر]

(٦٦٧٧) فصل: وإن قطع إصبعا من يمين رجل، ويمينا لآخر، وكان قطع الإصبع أسبق، قطعت إصبعه قصاصا، وخير الآخر بين العفو إلى الدية، وبين القصاص وأخذ دية الإصبع. ذكره القاضي، وهو اختيار ابن حامد، ومذهب الشافعي؛ لأنه وجد بعض حقه، فكان له استيفاء الموجود، وأخذ بدل المفقود، كمن أتلف مثليا لرجل، فوجد بعض المثل. وقال أبو بكر: يخير بين القصاص ولا شيء له معه، وبين الدية. هذا قياس قوله، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس.

وإن كان قطع اليد سابقا على قطع الإصبع، قطعت يمينه قصاصا، ولصاحب الإصبع أرشها. ويفارق هذا ما إذا قتل رجلا، ثم قطع يد آخر، حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره؛ لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ في النفس، بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها، وأن ديتهما واحدة، ونقص الإصبع يمنع التكافؤ في اليد، بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة، واختلاف ديتهما. وإن عفا صاحب اليد، قطعت الإصبع لصاحبها، إن اختار قطعها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٢/٨

[مسألة جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف]

(٦٧٨٦) مسألة: قال: (وإذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف، اقتص منه) وجملة ذلك أن القصاص يجري فيما دون النفس من الجروح، إذا أمكن؛ للنص والإجماع؛ أما النص فقول الله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] . وروى أنس بن مالك، أن الربيع بنت النضر بن أنس، «كسرت ثنية جارية، فعرضوا عليهم الأرش، فأبوا إلا القصاص، فجاء أخوها أنس بن." (١)

"[مسألة الأنف بالأنف]

(٦٦٩٤) مسألة:؛ قال: (والأنف بالأنف) وأجمعوا على جريان القصاص في الأنف أيضا؛ للآية والمعنى. ويؤخذ الكبير بالصغير، والأقنى بالأفطس، وأنف الأشم بأنف الأخشم الذي لا يشم؛ لأن ذلك لعلة في الدماغ والأنف صحيح. كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم. وإن كان بأنفه جذام، أخذ به الأنف الصحيح، ما لم يسقط منه شيء؛ لأن ذلك مرض، فإن سقط منه شيء، لم يقطع به الصحيح، إلا أن يكون من أحد جانبيه. فيأخذ من الصحيح مثل ما بقي منه، أو يأخذ أرش ذلك. والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن، وهو مالان منه، دون قصبة الأنف؛ لأن ذلك حد ينتهي إليه، فهو كاليد، يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع. وإن قطع الأنف كله مع القصبة، فعليه القصاص في المارن، وحكومة للقصبة. هذا قول ابن حامد، ومذهب الشافعي. وفيه وجه آخر، أنه لا يجب مع القصاص حكومة؛ كي لا يجتمع في عضو واحد قصاص ودية.

و قياس قول أبي بكر، أنه لا يجب القصاص هاهنا؛ لأنه يضع الحديدة في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه، فلم يملك ذلك، كقوله في من قطع اليد من نصف الذراع أو الكف. وذكر القاضي هاهنا كقول أبي بكر، وفي نظائره مثل قول ابن حامد، ولا يصح التفريق مع التساوي. وإن قطع بعض الأنف، قدر بالأجزاء، وأخذ منه بقدر ذلك، كقولنا في الأذن، ولا يؤخذ بالمساحة، لئلا يفضي إلى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف المجني عليه لكبره، ويؤخذ المنخر الأيمن بالأيمن، والأيسر بالأيسر، ولا يؤخذ أيمن بأيسر، ولا أيسر بأيمن، ويؤخذ الحاجز بالحاجز؛ لأنه يمكن القصاص فيه، لانتهائه إلى حد.

[مسألة الذكر بالذكر]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٦/٨

مسألة: قال: (والذكر بالذكر) لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن القصاص يجري في الذكر؛ لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] . ولأن له حدا ينتهي إليه، ويمكن القصاص فيه من غير حيف، فوجب فيه القصاص، كالأنف. ويستوي في ذلك ذكر الصغير والكبير، والشيخ والشاب، والذكر الكبير والصغير، والصحيح والمريض؛ لأن ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعاني، كذلك الذكر. ويؤخذ كل واحد من المختون والأغلف بصاحبه؛ لأن الغلفة زيادة تستحق إزالتها، فهي كالمعدومة.." (١)

"بخلاف عين الأعور، فإنها تقوم مقام عينيه جميعا وقال القاضي: إن كانت المقطوعة أولا قطعت ظلما أو قصاصا، ففي الباقية نصف الدية، رواية واحدة، وإن كانت الأولى قطعت في سبيل الله ففي الثانية روايتان، إحداهما: نصف الدية، والثانية دية كاملة، لأنه عطل منافعه من العضوين جملة، وأما إن قطع الأقطع يد من ليس بأقطع، فإن قلنا: إن في يد الأقطع دية كاملة فلا قصاص، وإن قلنا: لا تكمل فيها الدية فالقصاص واجب فيها، واللائق بالفقه ما ذكرناه أولا، والتعليل بتفويت منفعة العضوين ينتقض بما إذا قطعت الأولى قصاصا، والقياس على عين الأعور غير صحيح، لما بينهما من الفرق، فأما إن قطعت أذن من قطعت إحدى أذنيه، فليس له إلا نصف الدية، رواية واحدة، وإن قطع هو أذن ذي أذنين، وجب عليه القصاص، بغير خلاف علمناه، لا في المذهب ولا في غيره؛ لأن نفع كل أذن لا يتعلق بالأخرى.

[فصل يؤخذ الجفن بالجفن]

(٦٧١٠) فصل: ويؤخذ الجفن بالجفن، لقوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] ولأنه يمكن القصاص فيه، لانتهائه إلى مفصل. وهذا مذهب الشافعي. ويؤخذ جفن البصير بجفن البصير والضرير، وجفن الضرير، بكل واحد منهما، لأنهما تساويا في السلامة من النقص، وعدم البصر نقص في غيره، لا يمنع أخذ أحدهما بالآخر كالأذن إذا عدم السمع منها.

[مسألة السن بالسن]

(٦٧١١) مسألة قال: (والسن بالسن) أجمع أهل العلم على القصاص في السن للآية وحديث الربيع، ولأن القصاص فيها ممكن، لأنها محدودة في نفسها، فوجب فيها القصاص كالعين.، وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة، وتؤخذ المكسورة بالصحيحة، لأنه يأخذ بعض حقه، وهل يأخذ مع القصاص أرش الباقي؟ فيه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٢٦

وجهان، ذكرناهما فيما مضى.

[فصل لا يقتص إلا من سن من أثغر]

(٦٧١٢) فصل: ولا يقتص إلا من سن من أثغر، أي سقطت رواضعه، ثم نبتت، يقال لمن سقطت رواضعه: ثغر، فهو مثغور، فإذا نبتت قيل: أثغر وأثغر. لغتان، وإن قلع سن من لم يثغر، لم يقتص من الجاني في الحال، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، لأنها تعود بحكم العادة، فلا يقتص منها كالشعر، ثم إن عاد بدل." (١)

"كالأصليتين، ولأن قول الله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾ [المائدة: ٤٥] عام فيدخل فيه محل النزاع، وإن قلنا: يثبت ال قياس في الزائدتين بالاجتهاد، فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص، واختلاف القيمة لا يمنع القصاص، بدليل جريانه بين العبيد، وبين الذكر والأنثى، في النفس والأطراف، على أن كبر السن لا يوجب كثرة قيمتها، فإن السن الزائدة نقص وعيب، وكثرة العيب زيادة في النقص، لا في القيمة، ولأن كبر السن الأصلية لا يزيد قيمتها، فالزائدة كذلك.

[فصل يؤخذ اللسان باللسان القصاص]

(٦٧١٦) فصل: ويؤخذ اللسان باللسان، لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] . ولأن له حدا ينتهي إليه، فاقتص منه كالعين، ولا نعلم في هذا خلافا، ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس، لأنه أفضل منه، ويؤخذ الأخرس بالناطق، لأنه بعض حقه، ويؤخذ بعض اللسان ببعض، لأنه أمكن القصاص في جميعه، فأمكن في بعضه، كالسن، ويقدر ذلك بالأجزاء، ويؤخذ منه بالحساب

[فصل تؤخذ الشفة بالشفة القصاص]

(٦٧١٧) فصل: وتؤخذ الشفة بالشفة وهي ما جاوز الذقن والخدين علوا وسفلا؛ لقول الله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] . ولأن له حدا ينتهي إليه، يمكن القصاص منه فوجب، كاليدين.

[مسألة لا تؤخذ يد يمين بيسار القصاص]

(٦٧١٨) مسألة قال: (ولا تؤخذ يمين بيسار، ولا يسار بيمين) هذا قول أكثر أهل العلم، منهم مالك

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٢/٨

والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن ابن سيرين، وشريك أن إحداهما تؤخذ بالأخرى، لأنهما يستويان في الخلقة والمنفعة. ولنا، أن كل واحدة منهما تختص باسم، فلا تؤخذ إحداهما بالأخرى، كاليد مع الرجل. فعلى هذا كل ما انقسم إلى يمين ويسار، كاليدين والرجلين والأذنين والمنخرين والثديين والأليتين والأنثيين، لا تؤخذ إحداهما بالأخرى

(٦٧١٩) فصل: وما انقسم إلى أعلى وأسفل، كالجفنين والشفتين، لا يؤخذ الأعلى بالأسفل، ولا الأسفل بالأعلى." (١)

"دون الممكن له من الاستيفاء، فالضمان عليه وحده؛ لأنه مباشر، والحاكم الممكن له صاحب سبب، ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب، كان الضمان على المباشر دون المتسبب، كالحافر مع الدافع، وإن علم الحاكم دون الولي، فالضمان على الحاكم وحده؛ لأن المباشر معذور، فكان الضمان على المتسبب، كالسيد إذا أمر عبده بالقتل، والعبد أعجمي لا يعرف تحريم القتل، وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء.

وقال القاضي: إن كان أحدهما عالما وحده، فالضمان عليه وحده، وإن كانا عالمين، فالضمان على الحاكم؛ لأنه الذي يعرف الأحكام، والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده، وإن كانا جاهلين، ففيه وجهان؛ أحدهما: الضمان على الإمام، كما لو كانا عالمين. والثاني، على الولي. وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو الخطاب: الضمان على الحاكم، ولم يفرق. وقال المزني: الضمان على الولي في كل حال؛ لأنه المباشر، والسبب، غير ملجئ، فكان الضمان عليه، كالحافر مع الدافع، وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل. وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق. والله أعلم.

[مسألة كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء]

(٦٧٣٢) مسألة: قال: (وإذا كان القاطع سالم الطرف، والمقطوعة شلاء، فلا قود) لا نعلم أحدا من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح بأشل، إلا ما حكي عن داود، أنه أوجب ذلك؛ لأن كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه، فيؤخذ به كالأذنين. ولنا، أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال، فلا يؤخذ بها ما فيه نفع، كالصحيحة لا تؤخذ بالقائمة، وما ذكر له قياس، وهو لا يقول بال قياس، وإذا لم يوجب القصاص في العينين مع قول الله تعالى: ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥] . لأجل تفاوتهما في

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٣٥

الصحة والعمى، فلأن لا يجب ذلك فيما لا نص فيه أولى.

[فصل قطع أذنا شلاء أو أنفا أشل فهل يؤخذ به الصحيح]

(٦٧٣٣) فصل: وإن قطع أذنا شلاء، أو أنفا أشل، فهل يؤخذ به الصحيح؟ فيه وجهان: أحدهما، لا يؤخذ به، كسائر الأعضاء. والثاني، يؤخذ به؛ لأن نفعه لا يذهب بشلله، فإن نفع الأذن جمع الصوت، ورد الهوام، وستر موضع." (١)

"وإن كانت المقطوعة ذات أظفار، إلا أنها خضراء، أو مستحشفة، أخذنا بها السليمة؛ لأن ذلك علة ومرض، والمرض لا يمنع القصاص، بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم.

[مسألة كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة القصاص]

(٦٧٣٧) مسألة: قال: (وإن كان القاطع أشل، والمقطوعة سالمة، فشاء المظلوم أخذها، فذلك له، ولا شيء له غيرها، وإن شاء عفا، وأخذ دية يده) أما إذا اختار الدية، فله دية يده، لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص، فكانت له الدية، كما لو لم يكن للقاطع يد. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي. وإن اختار القصاص، سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: إنه إذا قطع لم تنسد العروق، ودخل الهواء إلى البدن فأفسده. سقط القصاص؛ لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف.

وإن أمن هذا، فله القصاص؛ لأنه رضي بدون حقه، فكان له ذلك، كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي، والرجل من المرأة، والحر من العبد، وليس له مع القصاص أرش؛ لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة، وإنما نقصت في الصفة، فلم يكن له أرش، كالصور التي ذكرناها. وقال أبو الخطاب: عندي له أرش مع القصاص. على قياس قوله في عين الأعور. والأول أصح؛ فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها، أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه، خارج عن الأصول، مخالف للقياس.

[فصل تؤخذ الشلاء بالشلاء القصاص]

(٦٧٣٨) فصل: وتؤخذ الشلاء بالشلاء، إذا أمن في الاستيفاء الزيادة. وقال أصحاب الشافعي، لا تؤخذ بها، في أحد الوجهين؛ لأن الشلل علة، والعلل يختلف تأثيرها في البدن، فلا تتحقق المماثلة بينهما. ولنا، أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته، فجاز أخذ إحداهما بالأخرى، كالصحيحة بالصحيحة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٤٤

[فصل تؤخذ في القصاص اليد الناقصة بالناقصة]

(٦٧٣٩) فصل: وتؤخذ الناقصة بالناقصة، إذا تساوتا فيه، بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه؛ لأنهما تساوتا في الذات والصفة. فأما إن اختلفا، فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام، ومن الأخرى إصبع غيرها، لم يجز القصاص؛ لأن فيه أخذ إصبع بغيرها. وإن كانت يد أحدهما ناقصة إصبعا، والأخرى ناقصة تلك الإصبع وأخرى، جاز أخذ الناقصة إصبعين بالناقصة إصبعا. وهل له أرش إصبعه الزائدة؟ فيه وجهان. ولا يجوز أخذ الأخرى بها؛ لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة.." (١)

"[فصل يجوز أخذ الناقصة بالكاملة القصاص]

(٦٧٤٠) فصل: ويجوز أخذ الناقصة بالكاملة؛ لأنها دون حقه. وهل له أخذ دية لأصابع الناقصة؟ على وجهين؛ أحدهما: له ذلك. وهو قول الشافعي، واختيار ابن حامد. والثاني، ليس له مع القصاص أرش. وهو مذهب أبي حنيفة و قياس قول أبي بكر؛ لئلا يفضي إلى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد. وقال القاضي: قياس قوله سقوط القصاص، كقوله في من قطعت يده من نصف الذراع، وليس كذلك؛ لأنه يقتص من موضع الجناية، ويضع الحديدة في موضع وضعها الجاني، فملك ذلك، كما لو جنى عليه فوق الموضحة، أو كان رأس الشاج أصغر، أو أخذ الشلاء بالصحيحة. ويفارق القاطع من نصف الذراع؛ لأنه لا يمكنه القصاص من موضع الجناية. هكذا حكاه الشريف، عن أبي بكر.

[فصل كانت يد القاطع والمجني عليه كاملتين وفي يد المجني عليه إصبع زائدة]

(٦٧٤١) فصل: وإن كانت يد القاطع والمجني عليه كاملتين، [و] في يد المجني عليه إصبع زائدة، فعلى قول ابن حامد، لا عبرة بالزائدة؛ لأنها بمنزلة الخراج والسلعة. وعلى قول غيره، له قطع يد الجاني. وهل له حكومة في الزائدة؟ على وجهين.، وإن قطع من له خمس أصابع أصلية، كف من له أربع أصابع أصلية وإصبع زائدة، أو قطع من له أربع أصابع وإصبع زائدة، كف من له خمس أصابع أصلية، فلا قصاص في الصورة الأولى؛ لأن الأصلية لا تؤخذ بالزائدة. وله القصاص في الصورة الثانية، في قول ابن حامد؛ لأن الزائدة لا عبرة بها.

وقال غيره: إن لم تكن الزائدة في محل الأصلية، فلا قصاص أيضا؛ لأن الإصبعين مختلفان. وإن كانت في

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٤٦

محل الأصلية، فقال القاضي: يجري القصاص. وهو مذهب الشافعي، ولا شيء له لنقص الزائدة. وهذا فيه نظر؛ فإنها متى كانت في محل الأصلية، كانت أصلية، لأن الزائدة هي التي زادت عن عدد الأصابع، أو كانت في غير محل الأصابع، وهذا له خمس أصابع في محلها، فكانت كلها أصليةً. فإن قالوا: معنى كونها زائدة، أنها ضعيفة مائلة عن سمت الأصابع. قلنا: ضعفها لا يوجب كونها زائدة، كذكر العنين، وأما ميلها عن الأصابع، فإنها إن لم تكن نابتة في محل الإصبع المعدومة، فسد قولهم إنها في محلها، وإن كانت نابتة في موضعها، وإنما مال رأسها واعوجت، فهذا مرض لا يخرجها عن كونها أصلية.

[فصل قطع إصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل]
(٦٧٤٢) فصل: وإذا قطع إصبعه، فأصابه من جرحها أكلة في يده، وسقطت من مفصل، ففيها القصاص. وإن بادرها." [١]

"بها [اليد] الكاملة. ثم إن كان العفو إلى الدية، وجبت دية اليد كلها، وإن كان على غير مال، خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما إذا قطع يدا فعفا المجني عليه، ثم سرى إلى نفسه. فعلى هذا، تجب هاهنا دية الكف إلا دية الإصبع. ذكره أبو الخطاب، وهو مذهب الشافعي. وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد، أن لا يجب شيء. وهو قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها، وقد قال القاضي: إن ال قياس فيما إذا قطع اليد، ثم سرى إلى النفس، أن يجب نصف الدية، فيلزمه أن يقول مثل ذلك هاهنا. .

[فصل العفو عن الجناية]
(٦٧٥٩) فصل: فإن قال: عفوت عن الجناية، وما يحدث منها، صح عفوه، ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في ظاهر كلام أحمد. وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية، وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه؛ مالك، وطاوس، والحسن، وقتادة، والأوزاعي. وقال أصحاب الشافعي: إذا قال: عفوت عن الجناية، وما يحدث منها. ففيه قولان؛ أحدهما: أنه وصية، فيبنى على الوصية للقاتل، وفيها قولان؛ أحدهما: لا يصح، فتجب دية النفس إلا دية الجرح. والثاني، يصح، فإن خرجت من الثلث سقط، وإلا سقط منها ما خرج من الثلث، ووجب الباقي. والقول الثاني، ليس بوصية؛ لأنه إسقاط في الحياة، فلا يصح، وتلزمه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٧/٨

دية النفس إلا دية الجرح.

ولنا، أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه، فسقط، كما لو أسقط الشفعة بعد البيع، إذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخرج؛ لأن موجب العمد القود، في إحدى الروايتين، أو أحد شيئين، في الرواية الأخرى، فما تعينت الدية، ولا تعينت الوصية بمال،؛ ولذلك صح العفو من المفلس إلى غير مال. وأما جناية الخطأ، فإذا عفا عنها وعما يحدث منها، اعتبر خروجها من الثلث، سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غيرها، فإن خرجت من الثلث، صح عفوه في الجميع، وإن لم تخرج من الثلث، سقط عنه من ديته١ ما احتمله الثلث. وبهذا قال مالك، والثوري، وأصحاب الرأي. ونحوه قال عمر بن عبد العزيز، والأوزاعي، وإسحاق؛ لأن الوصية هاهنا بمال.

[فصل اختلف الجاني والولي أو المجني عليه فقال الجاني عفوت مطلقا وقال المجني عليه بل عفوت إلى مال]

(٦٧٦٠) فصل: وإن قطع إصبعا، فعفا المجني عليه عن القصاص، ثم سرت الجناية إلى الكف، ثم اندمل الجرح فصل: وإن قطع إصبعا، فعفا المجني عليه عن القصاص، ثم سرت الجناية إلى الكف، ثم اندمل الجرح فصل: فإن اختلف الجاني والولي أو المجني عليه.، فقال الجاني: عفوت مطلقا. وقال المجني عليه: بل عفوت." (١)

"العاقلة يجب حالا، لأنه بدل متلف، فلزم المتلف حالا، كقيم المتلفات.

وفارق الذي تحمله العاقلة؛ فإنه يجب مواساة، فألزم التأجيل تخفيفا على متحمله، وعدل به عن الأصل في التأجيل، كما عدل به عن الأصل في إلزامه غير الجاني.

[فصل لا يلزم القاتل شيء من الدية]

(٦٧٨٩) فصل: ولا يلزم القاتل شيء من الدية. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: هو كواحد من العاقلة؛ لأنها وجبت عليهم إعانة له، فلا يزيدون عليه فيها. ولنا، ما روى أبو هريرة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «قضى بدية المرأة على عاقلتها» متفق عليه. وهذا يقتضي أنه قضى بجميعها عليهم، ولأنه قاتل لم تلزمه الدية، فلم يلزمه بعضها، كما لو أمره الإمام بقتل رجل، فقتله يعتقد أنه بحق، فبان

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٩/٨

مظلوما، ولأن الكفارة تلزم القاتل في ماله، وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه، فلا حاجة إلى إيجاب شيء من الدية عليه.

[فصل الكفارة في مال القاتل]

(٦٧٩٠) فصل: والكفارة في مال القاتل لا يدخلها تحمل. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: تكون في بيت المال؛ لأنها تكثر، فإيجابها في ماله يجحف به.

ولنا، أنها كفارة، فلا تجب على غير من وجد منه سببها، كسائر الكفارات، وكما لو كانت صوما، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني، ولا يكفر عنه بفعل غيره، ويفارق الدية، فإنها إنما شرعت لجبر المحل، وذلك يحصل بها كيفما كان؛ ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما قضى بالدية على العاقلة، لم يكفر عن القاتلة وما ذكروه لا أصل له، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه؛ أحدها، أن الدية لم تجب في بيت المال؛ لأنها إنما وجبت على العاقلة، ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفا لحكم الأصل. الثاني: أن الدية كثيرة، فإيجابها على القاتل يجحف به، والكفارة بخلافها. الثالث: أن الدية وجبت مواساة للقاتل، وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة، فإيجابها على غيره يقطع المواساة، ويوجب على غير الجاني أكثر مما وجب عليه، وهذا لا يجوز.." (١)

"يظهر وينتشر. ولم ينكر، فيثبت إجماعا. وهذا فيه الجمع بين تغليظات ثلاث؛ ولأنه قول التابعين القائلين بالتغليظ. واحتجوا على التغليظ في العمد، أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه، ففي العمد مع عدم العذر أولى. وكل من غلظ الدية أوجب التغليظ في بدل الطرف، بهذه الأسباب؛ لأن ما أوجب تغليظ دية النفس، أوجب تغليظ دية الطرف، كالعمد.

وظاهر كلام الخرقي أن الدية لا تغلظ بشيء من ذلك. وهو قول الحسن، والشعبي، والنخعي، وأبي حنيفة، والجورجاني، وابن المنذر. وروي ذلك عن الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وغيرهم، «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: في النفس المؤمنة مائة من الإبل» . لم يزد على ذلك. (وعلى أهل الذهب ألف مثقال) وفي حديث أبي شريح، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «وأنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل، وأنا والله عاقله، من قتل له قتيل بعد ذلك، فأهله بين خيرتين؛ إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية» .

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٩/٨

وهذا القتل كان بمكة في حرم الله تعالى، فلم يزد النبي - صلى الله عليه وسلم - على الدية، ولم يفرق بين الحرم وغيره، وقول الله عز وجل: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] يقتضي أن الدية واحدة في كل مكان، وفي كل حال، ولأن عمر - رضي الله عنه - أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه، ولم يزد على مائة. وروى الجوزجاني، بإسناده عن أبي الزناد، أن عمر بن عبد العزيز، كان يجمع الفقهاء، فكان مما أحيي من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم، أن ناسا كانوا يقولون: إن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف، فتكون ستة عشر ألف درهم، فألغى عمر، - رحمه الله -، ذلك بقول الفقهاء، وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام، والبلد الحرام، وغيرهما.

قال ابن المنذر: وليس بثابت ما روي عن الصحابة في هذا. ولو صح فقول عمر يخالفه، وقوله أولى من قول من خالفه، وهو أصح في الرواية، مع موافقته الكتاب والسنة وال قياس.

[فصل لا تغلظ الدية بموضع غير الحرم]

(٦٧٩٢) فصل: ولا تغلظ الدية بموضع غير الحرم. وقال أصحاب الشافعي: تغلظ الدية بالقتل في المدينة. على قوله القديم؛ لأنها مكان يحرم صيده، فأشبهت الحرم. وليس بصحيح؛ لأنها ليست محلا للمناسك، فأشبهت سائر." (١)

"البلدان، ولا يصح قياسها على الحرم؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: أي بلد هذا؟ أليست البلدة الحرام؟ قال: فإن دماءكم وأموالكم بينكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا» . وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة، وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم، ورجل قتل غير قاتله، ورجل قتل بدخل الجاهلية» .

وتحريم الصيد ليس هو العلة في التغليظ، وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم، فإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيدا. ولا يحرم الرعي فيه، ولا الاحتشاش منه، ولا ما يحتاج إليه من الرحل والعارضة والقائمة وشبهه.

[مسألة في تحمل العاقلة الدية خمس مسائل]

[المسألة الأولى العاقلة لا تحمل العبد]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٨١

(٦٧٩٣) مسألة: قال: والعاقلة لا تحمل العبد، ولا العمد، ولا الصلح، ولا الاعتراف، وما دون الثلث. في هذه المسألة خمس مسائل: (٦٧٩٤) المسألة الأولى: أن العاقلة لا تحمل العبد. يعني إذا قتل العبد قاتل، وجبت قيمته في مال القاتل، ولا شيء على عاقلته، خطأ كان أو عمدا. وهذا قول ابن عباس، والشعبي، والثوري، ومكحول، والنخعي، والبتي، ومالك، والليث، وابن أبي ليلى، وإسحاق، وأبي ثور وقال عطاء، والزهري، والحكم، وحماد، وأبو حنيفة تحمله العاقلة؛ لأنه آدمي يجب بقتله القصاص والكفارة، فحملت العاقلة بدله، كالحر، وعن الشافعي كالمذهبين، ووافقنا أبو حنيفة في دية أطرافه.

ولنا، ما روى ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا تحمل العاقلة عمدا، ولا عبدا، ولا صلحا، ولا اعترافا.» وروي عن ابن عباس موقوفا عليه، ولم نعرف له في الصحابة مخالفا، فيكون إجماعا، ولأن الواجب فيه قيمة تختلف باختلاف صفاته، فلم تحمله العاقلة، كسائر القيم، ولأنه حيوان لا تحمل العاقلة قيمة أطرافه، فلم تحمل الواجب في نفسه، كالفرس. وبهذا فارق الحر.

[المسألة الثانية لا تحمل العاقلة دية ما يجب في القصاص]

(٦٧٩٥) المسألة الثانية: أنها لا تحمل العمد، سواء كان مما يجب القصاص فيه، أو لا يجب. ولا خلاف في أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص، وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بكل حال. وحكي عن مالك، أنها تحمل الجنايات التي لا قصاص فيها، كالمأمومة والجائفة. وهذا قول قتادة؛ لأنها جناية لا قصاص فيها، أشبهت جناية الخطأ.." (١)

"ولنا، أنهم تساووا في سبب تعلق الحق به، فتساووا في الاستحقاق، كما لو جنى عليهم دفعة واحدة، بل لو قدم بعضهم، كان الأول أولى؛ لأن حقه أسبق، ولا يصح ال قياس على الملك، فإن حق المجني عليه أقوى، بدليل أنهما لو وجدا دفعة واحدة، قدم حق المجني عليه، ولأن حق المجني عليه ثبت بغير رضى صاحبه عوضا، وحق المالك ثبت برضاه أو بغير عوض، فافترقا.

[فصل أعتق السيد عبده الجاني]

(٦٨١٣) فصل: وإن أعتق السيد عبده الجاني، عتق، وضمن ما تعلق به من الأرش؛ لأنه أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به، فلزمه غرامته، كما لو قتله. وينبني قدر الضمان على الروايتين، فيما إذا اختار

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٨٢

إمساكه بعد الجناية؛ لأنه امتنع من تسليمه بإعتاقه، فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه. ونقل ابن منصور عن أحمد، أنه إن أعتقه، عالما بجنايته، فعليه الدية، يعني دية المقتول، وإن لم يكن عالما بجنايته، فعليه قيمة العبد؛ وذلك لأنه إذا أعتقه مع العلم، كان مختارا لفدائه، بخلاف ما إذا لم يعلم، فإنه لم يختر الفداء؛ لعدم علمه به، فلم يلزمه أكثر من قيمة ما فوته.

[فصل باع العبد أو وهبه]

(٦٨١٤) فصل: فإن باعه، أو وهبه، صح بيعه؛ لما ذكرنا في البيع، ولم يزل تعلق الجناية عن رقبته، فإن كان المشتري عالما بحاله، فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، وينتقل الخيار في فدائه وتسليمه إليه، كالسيد الأول، وإن لم يعلم، فله الخيار بين إمساكه ورده، كسائر المعيبات.

[مسألة من هم العاقلة]

(٦٨١٥) مسألة: قال: (والعاقلة العمومة، وأولادهم وإن سفلوا، في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله. والرواية الأخرى، الأب، والابن، والإخوة، وكل العصبة من العاقلة) . العاقلة: من يحمل العقل. والعقل: الدية، تسمى عقلا؛ لأنها تعقل لسان ولي المقتول. وقيل: إنما سميت العاقلة، لأنهم يمنعون عن القاتل، والعقل: المنع، ولهذا سمي بعض العلوم عقلا؛ لأنه يمنع من الإقدام على المضار.

ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة العصبات، وأن غيرهم من الإخوة من الأم، وسائر ذوي الأرحام، والزوج، وكل من عدا العصبات، ليس هم من العاقلة. واختلف في الآباء والبنين، هل هم من العاقلة أو لا. وعن أحمد في ذلك روايتان: إحداهما: أن كل العصبة من العاقلة، يدخل فيه آباء القاتل، وأبناؤه، وإخوته، وعمومته، وأبناؤهم. وهذا." (١)

"وهل تؤدى من بيت المال في دفعة واحدة، أو في ثلاث سنين؟ على وجهين؛ أحدهما: في ثلاث سنين، على حسب ما يؤخذ من العاقلة. والثاني، يؤدي دفعة واحدة. وهذا أصح؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أدى دية الأنصاري دفعة واحدة، وكذلك عمر، ولأن الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة، فيجب كله في الحال، كسائر بدل المتلفات، وإنما أجل على العاقلة تخفيفا عنهم، ولا حاجة إلى ذلك في بيت المال، ولهذا يؤدى الجميع (٦٨٣٠) الفصل الثاني: إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال، فليس على القاتل

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٠/٨

شيء. وهذا أحد قولي الشافعي؛ لأن الدية لزمت العاقلة ابتداء، بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم، ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم بها، ولا تجب على غير من وجبت عليه، كما لو عدم القاتل، فإن الدية لا تجب على أحد، كذا هاهنا.

فعلى هذا، إن وجد بعض العاقلة، حملوا بقسطهم، وسقط الباقي، فلا يجب على أحد، ويتخرج أن تجب الدية على القاتل إذا تعذر حملها عنه. وهذا القول الثاني للشافعي؛ لعموم قول الله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] . ولأن قضية الدليل وجوبها على الجاني جبرا للمحل الذي فوته، وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل، فإذا لم يؤخذ ذلك، بقي واجبا عليه بمقتضى الدليل، ولأن الأمر دائر بين أن يطل دم المقتول، وبين إيجاب ديته على المتلف، لا يحوز الأول؛ لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة و قياس أصول الشريعة، فتعين الثاني، ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له، وإيجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر، فإن المرتد لما لم يكن له عاقلة تجب الدية في ماله، والذمي الذي لا عاقلة له تلزمه الدية، ومن رمى سهما ثم أسلم، أو كان مسلما فارتد، أو كان عليه الولاء لموالي أمه فانجر إلى موالي أبيه، ثم أصاب بسهم إنسانا فقتله، كانت الدية في ماله؛ لتعذر حمل عاقلته عقله، كذلك هاهنا، فنحرر منه قياسا فنقول: قتيل معصوم في دار الإسلام، تعذر حمل عاقلته عقله، فوجب على قاتله، كهذه الصورة.

وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار في أغلب الأحوال، فإنه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها، ولا سبيل إلى الأخذ من بيت المال، فتضيع الدماء، ويفوت حكم إيجاب الدية. وقولهم: إن الدية تجب على العاقلة ابتداء. ممنوع، وإنما تجب على القاتل، ثم تتحملها العاقلة عنه. وإن سلمنا وجوبها عليهم ابتداء، لكن مع وجودهم، أما مع عدمهم، فلا يمكن القول بوجوبها عليهم. ثم ما ذكروه منقوض بما أبديناه من الصور. فعلى هذا، تجب الدية على القاتل إن تعذر حمل جميعها، أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها. والله أعلم.

[مسألة دية الحر الكتابي]

(٦٨٣١) مسألة: قال: (ودية الحر الكتابي نصف دية الحر المسلم، ونساؤهم، على النصف من دياتهم)." (١)

"[مسألة دية المجوسي]

(٦٨٣٤) مسألة: قال: (ودية المجوسي ثمانمائة درهم، ونساؤهم على النصف) وهذا قول أكثر أهل العلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٨/٨

قال أحمد: ما أقل ما اختلف في دية المجوسي. وممن قال ذلك عمر، وعثمان، وابن مسعود – رضي الله عنهم –، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، وعطاء، وعكرمة، والحسن، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وروي عن عمر بن عبد العزيز، أنه قال: ديته نصف دية المسلم، كدية الكتابي؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» . وقال النخعي، والشعبي، وأصحاب الرأي: ديته كدية المسلم؛ لأنه آدمي حر معصوم، فأشبه المسلم.

ولنا، قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفا، فكان إجماعا. وقوله: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» . يعني في أخذ جزيتهم، وحقن دمائهم، بدليل أن ذبائحهم ونساءهم لا تحل لنا، ولا يجوز اعتباره بالمسلم ولا الكتابي، لنقصان ديته وأحكامه عنهما، فينبغي أن تنقص ديته، كنقص المرأة عن دية الرجل، وسواء كان المجوسي ذميا أو مستأمنا؛ لأنه محقون الدم. ونساؤهم على النصف من دياتهم بإجماع. وجراح كل واحد معتبرة من ديته. وإن قتلوا عمدا، أضعفت الدية على القاتل المسلم؛ لإزالة القود. نص عليه أحمد، قياسا على الكتابي.

[فصل دية عبدة الأوثان وسائر من لا كتاب له]

(٦٨٣٥) فصل: فأما عبدة الأوثان، وسائر من لا كتاب له، كالترك، ومن عبد ما استحسن، فلا دية لهم وإنما تحقن دماؤهم بالأمان، فإذا قتل من له أمان منهم، فديته دية مجوسي؛ لأنها أقل الديات، فلا تنقص عنها، ولأنه كافر ذو عهد لا تحل مناكحته، فأشبه المجوسي.

[فصل دية من لم تبلغه الدعوة من الكفار]

(٦٨٣٦) فصل: ومن لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد، لم يجز قتله حتى يدعى، فإن قتل قبل الدعوة من غير أن يعطى أمانا، فلا ضمان فيه؛ لأنه لا عهد له ولا أيمان، فأشبه امرأة الحربي وابنه الصغير، وإنما حرم قتله لتبلغه الدعوة. وهذا قول أبي حنيفة. وقال أبو الخطاب: يضمن بما يضمن به أهل دينه. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه محقون الدم، أشبه من له أمان. والأول أولى؛ فإن هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم، ولأنه." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٠١

"آدميا، ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه، ويسقط ضمان نصيبه؛ لأنه ملكه. وإن أعتقها الضارب بعد ضربها، وكان معسرا، ثم أسقطت، عتق نصيبه منها ومن ولدها، وعليه لشريكه نصف عشر قيمة الأم، وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حرا، يورث عنه بمنزلة مال الجنين، ترث أمه منه بقدر ما فيها من الحرية. والباقي لباقي ورثته.

هذا قول القاضي، و قياس قول ابن حامد. وهو مذهب الشافعي. و قياس قول أبي بكر وأبي الخطاب، لا يجب على الضارب ضمان ما أعتقه؛ لأنه حين الجناية لم يكن مضمونا عليه، والاعتبار في الضمان بحال الجناية، وهي الضرب، ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وهذا أصح، إن شاء الله؛ لأن الإتلاف حصل بفعل غير مضمون، فأشبه ما لو جرح حربيا فأسلم، ثم مات بالسراية، ولأن موته يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب، فلا يتجدد ضمانه بعد موته، والأصل براءة ذمته. وإن كان المعتق موسرا، سرى العتق إليها وإلى جنينها، وفي الضمان الوجهان؛ فعلى قول القاضي، في الجنين غرة موروثة عنه. وعلى قياس قول أبي بكر، عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه، ولا يضمن أمه؛ لأنه قد ضمنها بإعتاقها، فلا يضمنها بتلفها. وإن كان المعتق الشريك الذي لم يضرب، وكان معسرا، فلا ضمان على الشريك في نصيبه؛ لأن العتق لم يسر إليه، وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة، يرثها ورثته على قول القاضي. وعلى قياس قول أبي بكر، يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه، يكون لسيده اعتبارا بحال الجناية. وكذلك الحكم في ضمان الأم إذا ماتت من الضربة. وإن كان المعتق موسرا، سرى العتق إليهما، وصارا حرين، وعلى المعتق ضمان نصف الأم، ولا يضمن نصف الجنين؛ لأنه يدخل في ضمان الأم، كما يدخل في بيعها، وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثة عنه، على قول القاضي.

وعلى قياس قول أبي بكر، يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه، وليس عليه ضمان نصيبه؛ لأنه ملكه حال الجناية عليه. وأما ضمان الأم، ففي أحد الوجهين، فيها دية حرة، لسيدها منها أقل الأمرين من ديتها أو قيمتها. وعلى الآخر، يضمنها بقيمتها لسيدها، كما تقدم من قطع يد عبد، ثم أعتق ومات.

[فصل ضرب بطن أمته ثم أعتقها]

(٦٨٥٤) فصل: ولو ضرب بطن أمته، ثم أعتقها، ثم أسقطت جنينا ميتا، لم يضمنه. في قياس قول أبي

بكر؛ لأن جنايته لم تكن مضمونة في ابتدائها، فلم يضمن سرايتها، كما لو خرج مرتدا فأسلم، ثم مات، ولأن موت." (١)

"الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة في مملوكه. ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان. وعلى قول ابن حامد، عليه غرة، لا يرث منها شيئا؛ لأن اعتبار الجناية بحال استقرارها. ولو كانت الأمة لشريكين، فضرباها، ثم أعتقاها معا، فوضعت جنينا ميتا، فعلى قول أبي بكر، على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه؛ لأن كل واحد منهما جنى على الجنين، ونصفه له، فسقط عنه ضمانه، ولزم ضمان نصفه الذي لشريكه بنصف عشر قيمة أمه، اعتبارا بحال الجناية. وعلى قول ابن حامد، على كل واحد منهما نصف الغرة، للأم منها الثلث، وباقيها للورثة، ولا يرث القاتل منها شيئا.

[فصل ضرب ابن المعتقة الذي أبوه عبد بطن امرأة]

(٦٨٥٥) فصل: إذا ضرب ابن المعتقة الذي أبوه عبد بطن امرأة، ثم أعتق أبوه، ثم أسقطت جنينا وماتت، احتمل أن تكون ديتهما في مال الجاني، على ما تقدم ذكره. واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصباته، في قياس قول أبي بكر، اعتبارا بحال الجناية. وعلى قياس قول ابن حامد، على مولى الأب وأقاربه، اعتبارا بحال الإسقاط. وإن ضرب ذمي بطن امرأته الذمية، ثم أسلم، ثم أسقطت، لم تحمله عاقلته. وإن ماتت معه فكذلك؛ لأن عاقلته المسلمين لا يعقلون عنه؛ لأنه كان حين الجناية ذميا، وأهل الذمة لا يعقلون عنه؛ لأنه حين الإسقاط مسلم.

ويحتمل أن يكون عقله، في قياس قول أبي بكر، على عاقلته من أهل الذمة، اعتبارا بحال الجناية، ويكون في الجنين ما يجب في الجنين الكافر لأنه حين الجناية محكوم بكفره، وعلى قياس قول ابن حامد تجب فيه غرة كاملة، ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين، اعتبارا بحال الاستقرار.

[مسألة ضرب بطنها فألقت جنينا حيا ثم مات]

(٦٨٥٦) مسألة: قال: (وإن ضرب بطنها، فألقت جنينا حيا، ثم مات من الضربة، ففيه دية حر إن كان حرا، أو قيمته إن كان مملوكا، إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله، وهو أن يكون لستة أشهر فصاعدا) هذا قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن في الجنين، يسقط

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤١٢

حيا من الضرب، دية كاملة، منهم؛ زيد بن ثابت، وعروة، والزهري، والشعبي، وقتادة، وابن شبرمة، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ وذلك لأنه مات من جنايته بعد ولادته، في وقت يعيش لمثله، فأشبه قتله بعد وضعه.

وفي هذه المسألة ثلاثة فصول: (٦٨٥٧) الفصل الأول: أنه إنما يضمن بالدية إذا وضعته حيا، ومتى علمت حياته، ثبت له هذا الحكم، سواء ثبتت باستهلاله." [١]

"أحدهما، أن يقتل واحدا منهم. والثاني: أن يقتل واحدا من غيرهم. فعلى كل واحد عتق رقبة، كما ذكرنا، والدية على عواقلهم أثلاثا؛ لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد، سواء قصدوا رمي واحد بعينه، أو رمي جماعة، أو لم يقصدوا ذلك، إلا أنهم إن لم يقصدوا قتل آدمي معصوم، فهو خطأ ديته دية الخطإ، وإن قصدوا رمي جماعة أو واحد بعينه، فهو شبه عمد؛ لأن قصد الواحد بعينه بالمنجنيق لا يكاد يفضي إلى إتلافه، فتكون ديته مغلظة على العاقلة، إلا أنها في ثلاث سنين. وعلى قول أبي بكر، لا تحمل العاقلة دية شبه العمد، فلا تحمله هاهنا.

الثاني: أن يصيب رجلا منهم، فعلى كل واحد كفارة أيضا، ولا تسقط عمن أصابه الحجر؛ لأنه شارك في قتل نفس مؤمنة، والكفارة إنما تجب لحق الله تعالى، فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه، كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره. وأما الدية، ففيها ثلاثة أوجه، أحدها، أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته لورثة المقتول؛ لأن كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ، فلزمته ديتها، كالأجانب. وهذا ينبني على إحدى الروايتين، في أن جناية المرء على نفسه أو أهله خطأ يحمل عقلها عاقلته الوجه الثاني: أن ما قابل فعل المقتول ساقط، لا يضمنه أحد؛ لأنه شارك في إتلاف حقه، فلم يضمن ما قابل فعله، كما لو شارك في قتل بهيمته أو عبده. وهذا الذي ذكره القاضي في " المجرد "، ولم يذكر غيره. وهو مذهب الشافعي.

الثالث: أن يلغى فعل المقتول في نفسه، وتجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين. قال أبو الخطاب: هذا قياس المذهب، بناء على مسألة المتصادمين. والذي ذكره القاضي أحسن، وأصح في النظر، وقد روي نحوه عن علي – رضي الله عنه – في مسألة القارصة والقابضة والواقصة، قال الشعبي: وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فأرن، فركبت إحداهن على عنق أخرى، وقرصت الثالثة المركوبة، فقمصت، فسقطت الراكبة، فوقصت عنقها، فماتت، فرفع ذلك إلى علي – رضي الله عنه – فقضى بالدية أثلاثا على عواقلهن، وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة؛ لأنها أعانت على قتل نفسها. وهذه شبيهة بمسألتنا، ولأن المقتول مشارك

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤١٣

في القتل، فلم تكمل الدية على شريكيه، كما لو قتلوا واحدا من غيرهم.

وإن رجع الحجر، فقتل اثنين من الرماة، فعلى الوجه الأول، تجب ديتهما على عواقلهما أثلاثا، وعلى كل واحد كفارتان. وعلى الوجه الثاني: تجب." [1]

"أبو عوانة، وأبو الأحوص، عن سماك بن حرب، عن حنش، بنحو هذا المعنى. قال أبو الخطاب: فذهب أحمد إلى ذلك توقيفا على خلاف ال قياس، وال قياس ما ذكرناه.

[فصل الضمان بالسبب]

(٦٨٧٢) فصل: ويجب الضمان بالسبب، كما يجب بالمباشرة، فإذا حفر بئرا في طريق لغير مصلحة المسلمين، أو في ملك غيره بغير إذنه، أو وضع في ذلك حجرا أو حديدة، أو صب فيه ماء، أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه، وهلك فيه إنسان أو دابة، ضمنه؛ لأنه تلف بعدوانه فضمنه، كما لو جنى عليه. روي عن شريح، أنه ضمن رجلا حفر بئرا، فوقع فيها رجل فمات. وروي ذلك عن علي - رضي الله عنه -. وبه قال النخعي، والشعبي، وحماد، والثوري، والشافعي، وإسحاق.

وإن وضع رجل حجرا، وحفر آخر بئرا، أو نصب سكينا، فعثر بالحجر، فوقع في البئر، أو على السكين، فهلك، فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين؛ لأن واضع الحجر كالدافع له، وإذا اجتمع الحافر و ا لدافع فالضمان على الدافع وحده. وبهذا قال الشافعي. ولو وضع رجل حجرا، ثم حفر عنده آخر بئرا، أو نصب سكينا، فعثر بالحجر، فسقط عليهما، فهلك، احتمل أن يكون الحكم كذلك؛ لما ذكرنا. واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين؛ لأن فعلهما متأخر عن فعله، فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف، فحل وكاءه إنسان، وأماله آخر، فسال ما فيه، كان الضمان على الآخر منهما. وإن وضع إنسان حجرا أو حديدة في ملكه، أو حفر فيه بئرا، فدخل إنسان بغير إذنه، فهلك به، فلا ضمان على المالك؛ لأنه لم يتعد، وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه، وإن وضع حجرا في ملكه، ونصب أجنبي فيه سكينا، أو حفر بئرا بغير إذنه، فعثر رجل بالحجر، فوقع على السكين أو في البئر، فالضمان على الحافر وناصب السكين، لتعديهما، إذا لم يتعلق الضمان بواضع الحجر؛ لانتفاء عدوانه.

وإن اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء، فالضمان عليهم. وإن وضع اثنان حجر ا، وواحد حجرا، فعثر بهما إنسان، فهلك، فالدية على عواقلهم أثلاثا، في قياس المذهب. وهو قول أبي يوسف؛ لأن السبب

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤١٩

حصل من الثلاثة أثلاثا، فوجب الضمان عليهم وإن اختلفت أفعالهم، كما لو جرحه واحد جرحين، وجرحه اثنان جرحين، فمات بهما.

وقال زفر: على الاثنين النصف، وعلى واضع الحجر وحده النصف؛ لأن فعله مساو لفعلهما. وإن حفر إنسان بئرا، ونصب آخر سكينا، فوقع إنسان في البئر على السكين، فمات، فقال ابن حامد: الضمان على الحافر، لأنه بمنزلة الدافع. وهذا قياس المسائل التي قبلها. ونص أحمد، - رحمه الله -، على أن الضمان عليهما. قال أبو بكر: لأنهما في معنى الممسك والقاتل، الحافر كالممسك، وناصب السكين كالقاتل، فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة.." (١)

"به، وإن بنى في طريق واسع، في موضع لا يضر البناء فيه، لنفع المسلمين، كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه في زاوية ونحوها، فلا ضمان عليه، وسواء في ذلك كله أذن فيه الإمام أو لم يأذن.

ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر؛ لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها، وإزالة الطين والماء منها، بخلاف البناء، فجرى حفرها مجرى تنقيتها، وحفر هدفة منها، وقلع حجر يضر بالمارة، ووضع الحصا في حفرة منها ليملأها ويسهلها بإزالة الطين ونحوه منها، وتسقيف ساقية فيها، ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه، فهذا كله مباح، لا يضمن ما تلف به. لا أعلم فيه خلافا. وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر. ويحتمل أن يعتبر استئذان الإمام؛ لأن مصلحته لا يعم وجودها، بخلاف غيره. وإن سقف مسجدا، أو فرش بارية فيه، أو نصب عليه بابا، أو جعل فيه رفا لينفع أهله، أو علق فيه قنديلا، أو بنى فيه حائطا، فتلف به شيء، فلا ضمان عليه.

وقال أصحاب الشافعي: إن فعل شيئا من ذلك بغير إذن الإمام، ضمن، في أحد الوجهين. وقال أبو حنيفة: يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران. ولنا، أنه فعل أحسن به، ولم يتعد فيه، فلم يضمن ما تلف به، كما لو أذن فيه الإمام والجيران، ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف، لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان، فلم يجب ضمان، كالمأذون فيه نطقا.

[فصل حفر العبد بئرا في ملك إنسان بغير إذنه]

(٦٨٧٤) فصل: وإن حفر العبد بئرا في ملك إنسان، بغير إذنه، أو في طريق يتضرر به، ثم أعتقه سيده، ثم تلف بها شيء، ضمنه العبد. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: الضمان على سيده؛ لأن الجناية هي

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٢٣

الحفر في حال رقه، وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده، فلا يزول ذلك بعتقه، كما لو جرح في حال رقه، ثم سرى جرحه بعد عتقه. ولنا، أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه، فكان الضمان عليه، كما لو اشترى سيفا في حال رقه، ثم قتل به بعد عتقه، وفارق ما قاسوا عليه؛ لأن الإتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه، وهاهنا حصل بعد عتقه. وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان.

[فصل حفر إنسان بئرا في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه]

(٦٨٧٥) فصل: وإذا حفر إنسان بئرا في ملك مشترك بينه وبين غيره، بغير إذنه، ضمن ما تلف به جميعه. وهذا قياس." (١)

"أحدهما، أن يطالب بنقضه. والثاني: أن لا يطالب به، فإن لم يطالب به، لم يضمن، في المنصوص عن أحمد، وهو ظاهر كلام الشافعي، ونحوه قال الحسن، والنخعي، والثوري، وأصحاب الرأي؛ لأنه بناه في ملكه، والميل حادث بغير فعله، فأشبه ما لو وقع قبل ميله. وذكر بعض أصحابنا فيه وجها آخر، أن عليه الضمان. وهو قول ابن أبي ليلى، وأبي ثور، وإسحاق؛ لأنه متعد بتركه مائلا، فضمن ما تلف به، كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء، ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل، ضمن ما تلف به ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان، لم يضمن بالمطالبة، كما لو لم يكن مائلا، أو كان مائلا إلى ملكه.

وأما إن طولب بنقضه فلم يفعل، فقد توقف أحمد عن الجواب فيها. وقال أصحابنا: يضمن. وقد أومأ إليه أحمد وهو مذهب مالك، ونحوه قال الحسن، والنخعي، والثوري وقال أبو حنيفة: الاستحسان أن يضمن؛ لأن حق الجواز للمسلمين، وميل الحائط يمنعهم ذلك، فلهم المطالبة بإزالته، فإذا لم يزله ضمن، كما لو وضع عدلا على الحائط نفسه، فوقع في ملك غيره، فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان. وفيه وجه آخر، لا ضمان عليه. قال أبو حنيفة: وهو ال قياس؛ لأنه بناه في ملكه، ولم يسقط بفعله، فأشبه ما لو لم يطالبه بنقضه، أو سقط قبل ميله، أو لم يمكنه نقضه، ولأنه لو وجب الضمان، لم تشترط المطالبة، كما لو بناه مائلا إلى غير ملكه.

فإن قلنا: عليه الضمان إذا طولب؛ فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان إذا كان ميله إلى الطريق، لأن لكل واحد منهم حق المرور، فكانت له المطالبة، كما لو مال الحائط إلى ملك جماعة، كان

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٢٥

لكل واحد منهم المطالبة، وإذا طالب واحد، فاستأجله صاحب الحائط، أو أجله له الإمام، لم يسقط عنه الضمان؛ لأن الحق لجميع المسلمين، فلا يملك واحد منهم إسقاطه. وإن كانت المطالبة لمستأجر الدار، أو مرتهنها، أو مستعيرها، أو مستودعها، فلا ضمان عليهم؛ لأنهم لا يملكون النقض، وليس الحائط ملكا لهم. وإن طولب المالك في هذه الحال، فلم يمكنه استرجاع الدار، ونقض الحائط فلا ضمان عليه؛ لعدم تفريطه، وإن أمكنه استرجاعها، كالمعير، والمودع، والراهن إذا أمكنه فكاك الرهن، فلم يفعل ضمن؛ لأنه أمكنه النقض.

وإن كان المالك محجورا عليه، لسفه أو صغر أو جنون، فطولب هو لم يلزمه الضمان؛ لأنه ليس أهلا للمطالبة، وإن طولب وليه أو وصيه، فلم ينقضه، فالضمان على المالك؛ لأن سبب الضمان ماله، فكان الضمان عليه دون المتصرف، كالوكيل مع الموكل. وإن كان الملك مشتركا بين جماعة، فطولب أحدهم بنقضه، احتمل وجهين؛ أحدهما، لا يلزمه شيء؛ لأنه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم، فهو كالعاجز عن نقضه.." (١)

"وإن كانت مركبة على حائطه، وجب نصف الضمان؛ لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره، فانقسم الضمان عليهما.

ولنا، أنه تلف بما أخرجه إلى حق الطريق، فضمنه، كما لو بنى حائطه مائلا إلى الطريق فأتلف، أو أقام خشبة في ملكه مائلة إلى الطريق، أو كما لو سقطت الخشبة التي ليست موضوعة على الحائط، ولأنه إخراج يضمن به البعض، فضمن به الكل، كالذي ذكرنا، ولأنه تلف بعدوانه، فضمنه، كما لو وضع البناء على أرض الطريق، والدليل على عدوانه، وجوب ضمان البعض، ولو كان مباحا لم يضمن به، كسائر المباحات، ولأن هذه خشبة، لو انقصف الخارج منها، وسقط فأتلف، ضمن ما أتلف، فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها، كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها، ولأننا لم نعلم موضعا يجب الضمان كله ببعض الخشبة، ويجب نصفه بجميعها.

وإن كان إخراج الجناح إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله، ضمن ما أتلفه، وإن فعل ذلك بإذنهم، فلا ضمان علي ه؛ لأنه مباح له غير متعد فيه. (٦٨٨٣) فصل: وإن أخرج ميزابا إلى الطريق، فسقط على إنسان أو شيء فأتلفه، ضمنه. وبهذا قال أبو حنيفة وحكي عن مالك، أنه لا يضمن ما أتلفه؛ لأنه غير متعد بإخراجه، فلم يضمن ما تلف به، كما لو أخرجه إلى ملكه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٢٨

وقال الشافعي: إن سقط كله، فعليه نصف الضمان؛ لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره. وإن انقصف الميزاب، فسقط منه ما خرج عن الحائط، ضمن جميع ما تلف به؛ لأنه كله في غير ملكه. ولنا، ما سبق في الجناح، ولا نسلم أن إخراجه مباح، فإنه أخرج إلى هواء ملك غيره شيئا يضر به، فأشبه ما لو أخرجه إلى ملك آدمي معين بغير إذنه، فأما إن أخرج إلى ملك آدمي معين شيئا من جناح، أو ساباط، أو ميزاب، أو غيره، فهو متعد، ويضمن ما تلف به. لا أعلم فيه خلافا.

[فصل بالت دابته في طريق فزلق به حيوان فمات به]

(٦٨٨٤) فصل: وإذا بالت دابته في طريق، فزلق به حيوان، فمات به، فقال أصحابنا: على صاحب الدابة الضمان، إذا كان راكبا لها، أو قائدا، أو سائقا لها؛ لأنه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها، فأشبه ما لو جنت بيدها أو فمها. و قياس المذهب، أنه لا يضمن ما تلف بذلك؛ لأنه لا يد له على ذلك، ولا يمكن التحرز منه، فلم يضمن ما تلف به، كما لو أتلفت برجلها، وكما لو لم يكن له يد عليها، ويفارق هذا ما أتلفت بيدها وفمها؛ لأنه يمكنه حفظهما.

[فصل وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرا فرمته الريح على إنسان فقتله أو شيء أتلفه]

(٦٨٨٥) فصل: وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه، أو حجرا، فرمته الريح على إنسان، فقتله، أو شيء أتلفه، لم يضمن؛." (١)

"لأن ذلك من غير فعله، ووضعه له كان في ملكه. ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة؛ لأنه نسب إلى إلقائها، وتعدى بوضعها، فأشبه من بنى حائطه مائلا.

[فصل سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق]

(٦٨٨٦) فصل: وإن سلم ولده الصغير إلى السابح، ليعلمه السباحة، فغرق، فالضمان على عاقلة السابح؛ لأنه سلمه إليه ليحتاط في حفظه، فإذا غرق نسب إلى التفريط في حفظه. وقال القاضي: قياس المذهب أن لا يضمنه؛ لأنه فعل ما جرت العادة به لمصلحته، فلم يضمن ما تلف به، كما إذا ضرب المعلم الصبي ضربا معتادا، فتلف به. فأما الكبير إذا غرق، فليس على السابح شيء إذا لم يفرط، لأن الكبير في يد نفسه، لا ينسب التفريط في هلاكه إلى غيره.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣٠

[فصل طلب إنسانا بسيف مشهور فهرب منه فتلف في هربه]
(٦٨٨٧) فصل: وإذا طلب إنسانا بسيف مشهور، فهرب منه، فتلف في هربه، ضمنه، سواء وقع من شاهق، أو انخسف به سقف، أو خر في بئر، أو لقيه سبع فافترسه، أو غرق في ماء، أو احترق بنار، وسواء كان المطلوب صبيا أو كبيرا، أعمى أو بصيرا، عاقلا أو مجنونا. وقال الشافعي: لا يضمن البالغ العاقل البصير، إلا أن يخسف به سقف، فإن فيه وفي الصغير والمجنون والأعمى قولين؛ لأنه هلك بفعل نفسه، فلم يضمنه الطالب، كما لو لم يطلبه.
ولنا، أنه هلك بسبب عدوانه، فضمنه، كما لو حفر له بئرا، أو نصب سكينا، أو سم طعامه ووضعه في منزله. وما ذكره يبطل بهذه الأصول، ولأنه تسبب إلى إهلاكه، فأشبه ما لو انخسف من تحته سقف، أو كان صغيرا أو مجنونا. وإن طلبه بشيء يخيفه به، كالليث ونحوه، فحكمه حكم ما لو طلبه بسيف مشهور؛ لأنه في معناه.

[فصل شهر سيفا في وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله]
(٦٨٨٨) فصل: ولو شهر سيفا في وجه إنسان، أو دلاه من شاهق، فمات من روعته، أو ذهب عقله، فعليه ديته. وإن صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة، فخر من سطح أو نحوه، فمات، أو ذهب عقله، أو تغفل عاقلا فصاح به، فأصابه ذلك، فعليه ديته، تحملها العاقلة. فإن فعل ذلك عمدا، فهو شبه عمد، وإلا فهو خطأ. ووافق الشافعي في الصبي، وله في البالغ قولان. ولنا، أنه سبب إتلافه، فضمنه، كالصبي.

[فصل قدم إنسانا إلى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد]
(٦٨٨٩) فصل: وإن قدم إنسانا إلى هدف يرميه الناس، فأصابه سهم من غير تعمد، فضمانه على عاقلة الذي قدمه؛ لأن الرامي كالحافر، والذي قدمه كالدافع، فكان الضمان على عاقلته. وإن عمد الرامي رميه، فالضمان عليه؛." (١)

"للهلاك عادة، ثم لا يتعين في الضمان كونه سببا معتادا، فإن الضربة والضربتين بالسوط، ليست سببا للهلاك في العادة، ومتى أفضت إليه وجب الضمان.
وإن استعدى إنسان على امرأة، فألقت جنينها، أو ماتت فزعا، فعلى عاقلة المستعدي الضمان، إن كان

---
(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣١

ظالما لها، وإن كانت هي الظالمة، فأحضرها عند الحاكم، فينبغي أن لا يضمنها؛ لأنها سبب إحضارها بظلمها، فلا يضمنها غيرها، ولأنه استوفى حقه، فلم يضمن ما تلف به، كالقصاص، ويضمن جنينها؛ لأنه تلف بفعله، فأشبه ما لو اقتص منها.

[فصل أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية]

(٦٨٩٢) فصل: ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية، أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب، فهلك بذلك، أو هلكت بهيمته، فعليه ضمان ما تلف به؛ لأنه سبب هلاكه. وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره، فطلبه منه، فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال، فمات بذلك، ضمنه المطلوب منه؛ لما روي عن عمر - رضي الله عنه -، أنه قضى بذلك، ولأنه إذا اضطر إليه، صار أحق به ممن هو في يده، وله أخذه قهرا، فإذا منعه إياه، تسبب إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه، فلزمه ضمانه، كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك. وظاهر كلام أحمد، أن الدية في ماله؛ لأنه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالبا.

وقال القاضي: تكون على عاقلته؛ لأن هذا لا يوجب القصاص، فيكون شبه العمد. وإن لم يطلبه منه، لم يضمنه؛ لأنه لم يمنعه، ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه. وكذلك كل من رأى إنسانا في مهلكة، فلم ينجه منها، مع قدرته على ذلك، لم يلزمه ضمانه، وقد أساء. وقال أبو الخطاب: قياس المسألة الأولى وجوب ضمانه؛ لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه، فيضمنه، كما لو منعه الطعام والشراب. ولنا، أنه لم يهلكه، ولم يكن سببا في هلاكه، فلم يضمنه، كما لو لم يعلم بحاله، و قياس هذا على هذه المسألة غير صحيح؛ لأنه في المسألة منعه منعا كان سببا في هلاكه، فضمنه بفعله الذي تعدى به، وهاهنا لم يفعل شيئا يكون سببا.

[فصل ضرب إنسانا حتى أحدث]

فصل: ومن ضرب إنسانا حتى أحدث، فإن عثمان - رضي الله عنه - قضى فيه بثلث الدية. وقال أحمد: لا أعرف شيئا يدفعه. وبه قال إسحاق. وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: لا شيء فيه؛ لأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضو، أو إزالة جمال، وليس هاهنا شيء من ذلك. وهذا هو ال قياس، وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث؛ لقضية عثمان؛ لأنها في مظنة الشهرة، ولم ينقل خلافها، فيكون

إجماعا، ولأن قضاء الصحابي بما يخالف ال قياس. يدل على أنه توقيف. وسواء كان الحدث ريحا أو غائطا أو بولا. وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث.." [١]

"[فصل ادعى القاتل أن المقتول كان عبدا]

(٦٨٩٤) فصل: إذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبدا، أو ضرب ملفوفا فقده، أو ألقى عليه حائطا، أو ادعى أنه كان ميتا، وأنكر وليه ذلك، فالقول قول الولي مع يمينه. وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: القول قول الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته، وما ادعاه محتمل، فلا نزول عن اليقين بالشك.

ولنا، أن الأصل حياة المجني عليه وحريته، فيجب الحكم ببقائه، كما لو قتل من كان مسلما، وادعى أنه ارتد قبل قتله. وبهذا يبطل ما ذكره. وهكذا لو قتل في دار الإسلام إنسانا، وادعى أنه كان كافرا، وأنكر وليه، فالقول قول الولي؛ لأن الدار دار الإسلام، ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها. وإن قطع عضوا وادعى شلله، أو قلع عينا وادعى عماها، وأنكر الولي، فالقول قول المجني عليه؛ لأن الأصل السلامة. وكذلك لو قطع ساعدا وادعى أنه لم يكن عليه كف، أو قطع ساقا وادعى أنه لم يكن لها قدم.

وقال القاضي: إن اتفقا على أنه كان بصيرا، فالقول قول المجني عليه، وإلا فالقول قول الجاني. وهذا مذهب الشافعي. وكذلك على قياسه إذا اختلفا في شلل العضو؛ لأن هذا مما لا يتعذر إقامة البينة عليه، فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعاملته، وصفة تحمل الشهادة عليه، أنه كان يتبع الشخص بصره، ويتوقى ما يتوقاه البصير، ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه، ويعدل في العطفات خلف من يطلبه. ولنا، أن الأصل السلامة، فكان القول قول من يدعيه، كما لو اختلفا في إسلام المقتول وحياته. وقولهم: لا تتعذر إقامة البينة عليه. قلنا: وكذلك لا تتعذر إقامة البينة على ما يدعيه الجاني، فإيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل، ثم يبطل بسائر المواضع التي سلموها. فإن قالوا هاهنا: ما ثبت أن الأصل وجود البصر. قلنا: الظاهر يقوم مقام الأصل، ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته وإسلامه.

[فصل زاد في القصاص من الجراح]

(٦٨٩٥) فصل: وإن زاد في القصاص من الجراح، وقال: إنما حصلت الزيادة باضطرابه. وأنكر المجني عليه، ففيه وجهان؛ أحدهما، القول قول المقتص منه؛ لأن الأصل عدم الاضطراب، ووجوب الضمان. والثاني؛ القول قول المقتص؛ لأن الأصل براءة ذمته، وما يدعيه محتمل. والأول أصح؛ فإن الجرح سبب

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣٣

وجوب الضمان، وما يدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه، الأصل عدمه، فالقول قول من ينفيه، كما لو جرح رجلا وادعى أنه جرحه دفعا عن نفسه، أو قتله وادعى أنه وجده مع أهله، أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت عليه.." (١)

"على الدية. وقد روي أنه ليس فيها إلا الدية، قياسا على سائر ما في البدن. والصحيح الأول؛ لأن الخبر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ورد بإيجاب خمس في كل سن، فيجب العمل به، وإن خالف القياس.

[مسألة في العينين الدية]

(٦٨٩٨) مسألة: قال: (وفي العينين الدية) أجمع أهل العلم على أن في العينين، إذا أصيبتا خطأ، الدية، وفي العين الواحدة نصفها؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «وفي العينين الدية» . ولأنه ليس في الجسد منهما إلا شيئان، ففيهما الدية، وفي إحداهما نصفها، كسائر الأعضاء التي كذلك. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «وفي العين الواحدة خمسون من الإبل» . رواه مالك، في " موطئه ". ولأن العينين من أعظم الجوارح نفعا وجمالا؛ فكانت فيهما الدية، وفي إحداهما نصفها كاليدين. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن يكونا كبيرتين أو صغيرتين، أو مليحتين أو قبيحتين، أو صحيحتين أو مريضتين، أو حولاوين أو رمصتين. فإن كان فيهما بياض لا ينقص البصر، لم تنقص الدية، وإن نقص البصر نقص من الدية بقدره.

وفي ذهاب البصر الدية؛ لأن كل عضوين وجبت الدية بذهابهما، وجبت بإذهاب نفعهما، كاليدين إذا أشلهما. وفي ذهاب بصر أحدهما نصف الدية، كما لو أشل يدا واحدة، وليس في إذهابهما بنفعها أكثر من دية، كاليدين.

[فصل جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره]

(٦٨٩٩) فصل: وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره، فعليه ديته؛ لأنه ذهب بسبب جنايته، وإن لم يذهب بها، فداواها، فذهب بالمداواة، فعليه ديته؛ لأنه ذهب بسبب فعله. وإن اختلفوا في ذهاب البصر، رجع إلى اثنين عدلين مسلمين من أهل الخبرة؛ لأن لهما طريقا إلى معرفة ذلك، لمشاهدتهما العين التي

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣٤

هي محل البصر، ومعرفة بحالها، بخلاف السمع، وإن لم يوجد أهل الخبرة، أو تعذر معرفة ذلك، اعتبر بأن يوقف في عين الشمس، ويقرب الشيء من عينه في أوقات غفلته؛ فإن طرف عينه، وخاف من الذي يخوف به، فهو كاذب، وإلا حكم له. وإذا علم ذهاب بصره، وقال أهل الخبرة: لا يرجى عوده. وجبت الدية.

وإن قالوا: يرجى عوده إلى مدة عينوها، انتظر إليها، ولم يعط الدية حتى تنقضي المدة، فإن عاد البصر، سقطت عن الجاني، وإن لم يعد، استقرت الدية. وإن مات المجني عليه قبل العود، استقرت الدية، سواء مات في المدة أو بعدها. فإن ادعى الجاني عود بصره قبل موته وأنكر وارثه، فالقول قول الوارث؛ لأن الأصل معه. وإن جاء أجنبي، فقلع عينه في المدة، استقرت على الأول الدية أو القصاص؛ لأنه أذهب البصر فلم يعد، وعلى الثاني حكومة؛ لأنه أذهب عينا لا ضوء لها، يرجى عودها. وإن قال الأول: عاد." (١)

"وقال في الأخرى: عليه نصف الدية، ولا قصاص. وقال المخالفون في المسألة الأولى: له القصاص؛ لقوله تعالى: ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥] . وإن اختار الدية، فله نصفها؛ للخبر؛ ولأنه لو قلعها غيره لم يجب فيها إلا نصف الدية، فلم يجب عليه إلا نصفها، كالعين الأخرى. ولنا، أن عمر وعثمان قضيا بمثل مذهبنا، ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة، فكان إجماعا.

[فصل قلع الأعور عيني صحيح العينين]

(٦٩٠٣) فصل: وإن قلع الأعور عيني صحيح العينين، فليس عليه إلا دية، عمدا كان أو خطأ. وذكر القاضي: أن قياس المذهب وجوب ديتين؛ إحداهما في العين التي استحق بها قلع عين الأعور، والأخرى في الأخرى؛ لأنها عين أعور. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم -: «وفي العينين الدية» .

ولأنه قلع عينين، فلم يلزمه أكثر من الدية، كما لو كان القالع صحيحا، ولأنه لم يزد على تفويت منفعة الجنس، فلم يزد على الدية، كما لو قطع أذنه. وما ذكره القاضي لا يصح؛ لأن وجوب الدية في إحدى عينيه لا يجعل الأخرى عين أعور، على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر وال قياس، صرنا إليها لإجماع الصحابة عليها، ففيما عدا موضع الإجماع، يجب العمل بهما، والبقاء عليهما، فإن كان قلعهما عمدا، فاختار القصاص، فليس له إلا قلع عينه؛ لأنه أذهب بصره كله، فلم يكن له أكثر

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣٦

من إذهاب بصره، وهذا مبني على ما تقدم من قضاء الصحابة أن عين الأعور تقوم مقام العينين.
وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من العين، ونصف الدية للعين الأخرى، وهو مقتضى الدليل. والله أعلم.

[فصل قطع يد أقطع أو رجل أقطع الرجل]
(٦٩٠٤) فصل: وإن قطع يد أقطع، أو رجل أقطع الرجل، فله نصف الدية، أو القصاص من مثلها؛ لأنه عضو أمكن القصاص من مثله، فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله، كما لو قطع أذن من له أذن واحدة. وعن أحمد، رواية أخرى، أن الأولى إن كانت قطعت ظلما وأخذ ديتها، أو قطعت قصاصا، ففيها نصف ديتها، وإن قطعت في سبيل الله، ففي الباقية دية كاملة؛ لأنه عطل منافعه من العضوين جملة، فأشبه قلع عين الأعور. والصحيح الأول؛ لأن هذا أحد العضوين اللذين تحصل بهما منفعة الجنس، ولا يقوم مقام العضوين، فلم تجب فيه دية كاملة، كسائر الأعضاء، وكما لو كانت الأولى أخذت قصاصا، أو في غير سبيل الله، ولا يصح ال قياس على عين الأعور لوجوه ثلاثة؛." [(١)]

"أحدها، أن عين الأعور حصل بها ما يحصل بالعينين، ولم يختلفا في الحقيقة والأحكام إلا تفاوتا يسيرا، بخلاف أقطع اليد والرجل.
والثاني؛ أن عين الأعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الأولى. وها هنا اختلفا. الثالث؛ أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار إليه بمجرد الرأي، ولا توقيف فيه فيصار إليه، ولا نظير له فيقاس عليه، فالمصير إليه تحكم بغير دليل، فيجب اطراحه.
وإن قطعت أذن من قطعت أذنه، أو منخر من قطعت منخره، لم يجب فيه أكثر من نصف الدية، رواية واحدة؛ لأن منفعة كل أذن لا تتعلق بالأخرى، بخلاف العينين.

[مسألة دية أشفار العينين]
(٦٩٠٥) مسألة: قال: (وفي الأشفار الأربعة الدية، وفي كل واحد منها ربع الدية) . يعني أجفان العينين، وهي أربعة، ففي جميعها الدية؛ لأن فيها منفعة الجنس، وفي كل واحد منها ربع الدية؛ لأن كل ذي عدد تجب في جميعه الدية، تجب في الواحد منها بحصته من الدية، كاليدين والأصابع. وبهذا قال الحسن،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣٩

والشعبي، وقتادة، وأبو هاشم، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وعن مالك في جفن العين وحجاجها الاجتهاد؛ لأنه لم يعلم تقديره عن النبي - صلى الله عليه وسلم - والتقدير لا يثبت قياسا. ولنا أنها أعضاء فيها جمال ظاهر، ونفع كامل؛ فإنها تكن العين، وتحفظها، وتقيها الحر والبرد، وتكون كالغلق عليها، يطبقه إذا شاء، ويفتحه إذا شاء، ولولاها لقبح منظره، فوجبت فيها الدية، كاليدين، ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياسا. فإذا ثبت هذا، فإن في أحدها ربع الدية.

وحكي عن الشعبي، أنه يجب في الأعلى ثلثا دية العين، وفي الأسفل ثلثها؛ لأنه أكثر نفعا. ولنا، أن كل ذي عدد تجب الدية في جميعه، تجب بالحصة في الواحد منه، كاليدين والأصابع، وما ذكره يبطل باليمنى مع اليسرى والأصابع. وإن قلع العينين بأشفارهما، وجبت ديتان؛ لأنهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفردا، فوجبت بإتلافهما جملة ديتان، كاليدين، والرجلين. وتجب الدية في أشفار عين الأعمى؛ لأن ذهاب بصره عيب في غير الأجفان، فلم يمنع وجوب الدية فيها، كذهاب الشم، لا يمنع وجوب الدية في الأنف

(٦٩٠٦) فصل: وتجب في أهداب العينين بمفردها الدية، وهو الشعر الذي على الأجفان، وفي كل واحد منها ربعها. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: فيه حكومة.." [١]

"ولنا، أن فيها جمالا ونفعا، فإنها تقي العينين، وترد عنهما، وتحسن العين وتجملها، فوجبت فيها الدية كالأجفان، فإن قطع الأجفان بأهدابها، لم يجب أكثر من دية؛ لأن الشعر يزول تبعا لزوال الأجفان، فلم تفرد بضمان، كالأصابع إذا قطع اليد وهي عليها.

[مسألة قال دية الأذنين]

(٦٩٠٧) مسألة: قال: (وفي الأذنين الدية) روي ذلك عن عمر، وعلي. وبه قال عطاء، ومجاهد، والحسن، وقتادة، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي، ومالك في إحدى الروايتين عنه، وقال في الأخرى: فيهما حكومة؛ لأن الشرع لم يرد فيهما بتقدير، ولا يثبت التقدير بالقياس.

ولنا، أن في كتاب النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمرو بن حزم: «وفي الأذنين الدية» . ولأن عمر وعليا قضيا فيهما بالدية. فإن قيل: فقد روي عن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه قضى في الأذن بخمسة عشر بعيرا. قلنا: لم يثبت ذلك. قاله ابن المنذر. ولأن ما كان في البدن منه عضوان، كان فيهما الدية، كاليدين،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٤٠

وفي إحداهما نصف الدية، بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما، ولأن كل عضوين وجبت الدية فيهما، وجب في أحدهما نصفها، كاليدين، وإن قطع بعض إحداهما، وجب بقدر ما قطع من ديتها، ففي نصفها نصف ديتها، وفي ربعها ربعها، وعلى هذا الحساب، سواء قطع من أعلى الأذن أو أسفلها، أو اختلف في الجمال، أو لم يختلف، كما أن الأسنان والأصابع تختلف في الجمال والمنفعة، ودياتها سواء. وقد روي عن أحمد، - رحمه الله -؛ أن في شحمة الأذن ثلث الدية. والمذهب الأول. وتجب الدية في أذن الأصم؛ لأن الصمم نقص في غير الأذن، فلم يؤثر في ديتها. كالعمى لا يؤثر في دية الأجفان. وهذا قول الشافعي. ولا أعلم فيه مخالفا.

[فصل جنى على أذنه فاستحشفت]

(٦٩٠٨) فصل: فإن جنى على أذنه فاستحشفت، واستحشافها كشلل سائر الأعضاء، ففيها حكومة. وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: في ذلك ديتها؛ لأن ما وجبت ديته بقطعه، وجبت بشلله، كاليد والرجل. ولنا، أن نفعها باق بعد استحشافها وجمالها، فإن نفعها جمع الصوت، ومنع دخول الماء والهوام في صماخه، وهذا باق بعد شللها، فإن قطعها قاطع بعد استحشافها، ففيها ديتها؛ لأنه قطع أذنا فيها جمالها ونفعها، فوجبت ديتها كالصحيحة، وكما لو قلع عينا عمشاء أو حولاء.." (١)

"كتاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «وفي الأنف، إذا أوعب مارنه جدعا الدية» .

ولأن الذي يقطع فيه ذلك، فانصرف الخبر إليه. فإن قطع بعضه، ففيه بقدره من الدية، يمسح ويعرف قدر ذلك منه، كما قلنا في الأذنين. وقد روي هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي والشافعي وإن قطع أحد المنخرين، ففيه ثلث الدية، وفي المنخرين ثلثاها، وفي الحاجز بينهما الثلث: قال أحمد: في الوترة الثلث، وفي الخرمة في كل واحد منهما الثلث. وبهذا قال إسحاق. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس، فتوزعت الدية على عددها، كسائر ما فيه عدد من جنس، من اليدين، والأصابع، والأجفان الأربعة.

وحكى أبو الخطاب وجها آخر، أن في المنخرين الدية، وفي الحاجز بينهما حكومة؛ لقول أحمد: في كل زوجين من الإنسان الدية. وهذا الوجه الثاني لأصحاب الشافعي؛ لأن المنخرين ليس في البدن لهما ثالث، فأشبه اليدين؛ ولأنه بقطع المنخرين أذهب الجمال كله، والمنفعة، فأشبه قطع اليدين. فعلى هذا الوجه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤١/٨

في قطع أحد المنخرين نصف الدية، وإن قطع معه الحاجز، ففيه حكومة، وإن قطع نصف الحاجز أو أقل، أو أكثر، لم يزد على حكومة. وعلى الأول، في قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية، وفي قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية، وفي قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية، يقدر بالمساحة، فإن شق الحاجز بين المنخرين، ففيه حكومة، فإن بقي منفرجا، فالحكومة فيه أكثر.

[فصل دية قطع المارن مع القصبة]

(٦٩١٨) فصل: وإن قطع المارن مع القصبة، ففيه الدية، في قياس المذهب. وهذا مذهب مالك ويحتمل أن تجب الدية في المارن، وحكومة في القصبة. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن المارن وحده موجب للدية، فوجبت الحكومة في الزائد، كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه. ولنا، قوله – عليه السلام –: «وفي الأنف إذا أوعب جدعا الدية» . ولأنه عضو واحد، فلم يجب به أكثر من دية، كالذكر إذا قطع من أصله. وما ذكروه يبطل بهذا، ويفارق ما إذا قطع لسانه وقصبته؛ لأنهما عضوان، فلا تدخل دية أحدهما في الآخر. وأما العضو الواحد، فلا يبعد أن يجب في جميعه ما يجب في بعضه، كالذكر تجب في حشفته الدية التي تجب في جميعه، وأصابع اليد يجب فيها ما يجب في اليد من الكوع، وكذلك أصابع الرجل، وفي الثدي كله ما في حلمته. فأما إن قطع الأنف وما تحته من اللحم، ففي اللحم حكومة؛ لأنه ليس من الأنف، فأشبه ما لو قطع الذكر واللحم الذي تحته.." (١)

"الشم. و قياس المذهب أنه لا دية فيه، فإنه لا يختلف في أن لسان الأخرس لا تجب فيه الدية. وقد نص أحمد، – رحمه الله –، على أن فيه ثلث الدية. ولو وجب في الذوق دية، لوجبت في ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى.

واختلف أصحاب الشافعي؛ فمنهم من قال: قد نص الشافعي على وجوب الدية فيه. ومنهم من قال: لا نص له فيه. ومنهم من قال: قد نص على أن في لسان الأخرس حكومة، وإن ذهب الذوق بذهابه. والصحيح، إن شاء الله، أنه لا دية فيه؛ لأن في إجماعهم على أن لسان الأخرس لا تكمل الدية فيه؛ إجماعا على أنها لا تكمل في ذهاب الذوق بمفرده؛ لأن كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته، لا تكمل بمنفعته دونه، كسائر الأعضاء. ولا تفريع على هذا القول.

فأما على الأول، فإذا ذهب ذوقه كله، ففيه دية كاملة، وإن نقص نقصا غير مقدر، بأن يحس المذاق كله،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٥/٨

إلا أنه لا يدركه على الكمال، ففيه حكومة، كما لو نقص بصره نقصا لا يتقدر، وإن كان نقصا يتقدر، بأن لا يدرك بأحد المذاق الخمس، وهي: الحلاوة، والمرارة، والحموضة، والملوحة، والعذوبة، ويدرك بالباقي، ففيه خمس الدية، وفي اثنتين خمساها، وفي ثلاث ثلاثة أخماسها. وإن لم يدرك بواحدة، ونقص الباقي، فعليه خمس الدية، وحكومة لنقص الباقي. وإن قطع لسان أخرس، فذهب ذوقه، ففيه الدية؛ لإتلافه الذوق. وإن جنى على لسان ناطق، فأذهب كلامه وذوقه، ففيه ديتان. وإن قطعه، فذهبا معا، ففيه دية واحدة؛ لأنهما يذهبان تبعا لذهابه فوجبت ديته دون ديتهما، كما لو قتل إنسانا، لم تجب إلا دية واحدة. ولو ذهبت منافعه مع بقائه، ففي كل منفعة دية.

[فصل جنى عليه فذهب بعض كلامه]

(٦٩٢٦) فصل: وإن ذهب بعض الكلام، وجب من الدية بقدر ما ذهب، يعتبر ذلك بحروف المعجم، وهي ثمانية وعشرون حرفا سوى " لا "، فإن مخرجها مخرج اللازم والألف، فمهما نقص من الحروف، وجب من الدية بقدره؛ لأن الكلام يتم بجميعها، فالذاهب يجب أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام، ففي الحرف الواحد ربع سبع الدية، وفي الحرفين نصف سبعها، وفي الأربعة سبعها، ولا فرق بين ما خف من الحروف على اللسان وما ثقل؛ لأن كل ما وجب فيه المقدر لم يختلف لاختلاف قدره، كالأصابع.

ويحتمل أن تقسم الدية على الحروف التي للسان فيها عمل، ودون الشفة، وهي أربعة؛ الباء، والميم، والفاء، والواو. ودون حروف الحلق الستة؛ الهمزة، والهاء، والحاء، والخاء، والعين، والغين. فهذه عشرة، بقي ثمانية عشر حرفا للسان، تنقسم ديته عليها؛ لأن الدية تجب بقطع اللسان، وذهاب هذه الحروف وحدها مع بقائه، فإذا وجبت الدية فيها بمفردها، وجب في بعضها بقسطه منها، ففي الواحد نصف تسع الدية، وفي الاثنين تسعها، وفي الثلاثة سدسها. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وإن جنى على شفته، فذهب بعض الحروف، وجب فيه بقدره، وكذلك إن ذهب بعض حروف الحلق بجنايته. وينبغي أن تجب بقدره من الثمانية والعشرين، وجها واحدا. وإن ذهب حرف فعجز عن." (١)

"الخطاب، وابن عباس، ومعاوية، وسعيد بن المسيب، وعروة، وعطاء، وطاوس، والزهري، وقتادة، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبي حنيفة، ومحمد بن الحسن. وفي كتاب عمرو بن حزم، عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٤٨

النبي – صلى الله عليه وسلم –: «في السن خمس من الإبل» . رواه النسائي.
وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «في الأسنان خمس خمس» . رواه أبو داود. فأما الأضراس والأنياب، فأكثر أهل العلم على أنها مثل الأسنان؛ ومنهم عروة وطاوس وقتادة والزهري ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن. وروي ذلك عن ابن عباس، ومعاوية وروي عن عمر – رضي الله عنه –، أنه قضى في الأضراس ببعير بعير. وعن سعيد بن المسيب، أنه قال: لو كنت أنا، لجعلت في الأضراس بعيرين بعيرين، فتلك الدية سواء. وروى ذلك مالك، في " موطئه " وعن عطاء نحوه. وحكي عن أحمد رواية، أن في جميع الأسنان والأضراس الدية.
فيتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد؛ للإجماع على أن في كل سن خمسا من الإبل، وورود الحديث به، فيكون في الأسنان ستون بعيرا؛ لأن فيه اثني عشر سنا، أربع ثنايا، وأربع رباعيات، وأربعة أنياب، فيها خمس خمس، وفيه عشرون ضرسا، في كل جانب عشرة، خمسة من فوق، وخمسة من أسفل، فيكون فيها أربعون بعيرا، في كل ضرس بعيران، فتكمل الدية. وحجة من قال هذا، أنه ذو عدد يجب فيه الدية، فلم تزد ديته على دية الإنسان، كالأصابع، والأجفان، وسائر ما في البدن، ولأنها تشتمل على منفعة جنس، فلم تزد ديتها على الدية، كسائر منافع الجنس، ولأن الأضراس تختص بالمنفعة دون الجمال، والأسنان فيها منفعة وجمال، فاختلفا في الأرش.
ولنا، ما روى أبو داود، بإسناده عن ابن عباس، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «الأصابع سواء، والأسنان سواء، الثنية والضرس سواء» ، هذه وهذه سواء ". وهذا نص. وقوله في الأحاديث المتقدمة: في «الأسنان خمس خمس.» ولم يفصل، يدخل في عمومها الأضراس؛ لأنها أسنان، ولأن كل دية وجبت في جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع، كالأصابع، والأجفان، والشفتين، وقد أومأ ابن عباس إلى هذا، فقال: لا أعتبرها بالأصابع فأما ما ذكروه من المعنى، فلا بد من مخالفة القياس فيه، فمن ذهب إلى قولنا، خالف المعنى الذي ذكروه، ومن ذهب إلى قولهم، خالف التسوية الثابتة، بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد، فكان ما ذكرناه مع موافقة الأخبار وقول أكثر أهل العلم أولى.
وأما على قول عمر، أن في كل ضرس بعيرا، فيخالف القياسين جميعا، والأخبار، فإنه لا يوجب الدية الكاملة، وإنما يوجب ثمانين بعيرا، ويخالف بين الأعضاء المتجانسة. وإنما يجب هذا الضمان في سن

من قد ثغر، وهو الذي أبدل أسنانه، وبلغ حدا إذا قلعت سنه لم يعد بدلها. ويقال: ثغر، واثغر، واتغر. إذا." (١)

"سواء» . يعني الإبهام والخنصر. أخرجه البخاري، وأبو داود. وفي كتاب النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمرو بن حزم: «وفي كل إصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل» .

ولأنه جنس ذو عدد تجب فيه الدية، فكان سواء في الدية، كالأسنان، والأجفان، وسائر الأعضاء. ودية كل إصبع مقسومة على أناملها، وفي كل إصبع ثلاث أنامل إلا الإبهام، فإنها أنملتان، ففي كل أنملة من غير الإبهام ثلث عقل الإبهام ثلاثة أبعرة وثلث، وفي كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل، نصف ديتها. وحكي عن مالك، أنه قال: الإبهام أيضا ثلاث أنامل، إحداها باطنة. وليس هذا بصحيح، فإن الاعتبار بالظاهر، فإن قوله - عليه السلام - «في كل إصبع عشر من الإبل» . يقتضي وجوب العشر في الظاهر؛ لأنها هي الإصبع التي يقع عليها الاسم دون ما بطن منها، كما أن السن التي يتعلق بها وجوب ديتها هي الظاهرة من لحم اللثة دون سنخها. والحكم في أصابع اليدين والرجلين سواء؛ لعموم الخبر فيهما، وحصول الاتفاق عليهما.

[فصل دية الإصبع الزائدة]

(٦٩٥٢) فصل: وفي الإصبع الزائدة حكومة. وبذلك قال الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وعن زيد بن ثابت، أن فيها ثلث دية الإصبع. وذكر القاضي أنه قياس المذهب، على رواية إيجاب الثلث في اليد الشلاء. والأول أصح؛ لأن التقدير لا يصار إليه إلا بالتوقيف، أو بمماثلته لما فيه توقيف، وليس ذلك هاهنا، لأن اليد الشلاء يحصل بها الجمال، والإصبع الزائدة لا جمال فيها في الغالب، ولأن جمال اليد الشلاء لا يكاد يختلف، والإصبع الزائدة تختلف باختلاف محالها وصفتها وحسنها وقبحها، فكيف يصح قياسها على اليد؟ ،.

[مسألة دية البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط]

(٦٩٥٣) مسألة: قال: (وفي البطن إذا ضرب فلم يستمسك الغائط الدية، وفي المثانة إذا لم يستمسك البول الدية) وبهذا قال ابن جريج، وأبو ثور، وأبو حنيفة. ولم أعلم فيه مخالفا، إلا أن ابن أبي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى، فيها ثلث الدية. والصحيح الأول؛ لأن كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٥٢

كبيرة، ليس في البدن مثله، فوجب في تفويت منفعته دية كاملة، كسائر الأعضاء المذكورة، فإن نفع المثانة حبس البول، وحبس البطن الغائط منفعة مثلها، والنفع بهما كثير، والضرر بفواتهما عظيم، فكان في كل واحدة منهما الدية، كالسمع والبصر. وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة، وجب على الجاني ديتان، كما لو أذهب سمعه وبصره بجناية واحدة.." (١)

"الخلقة هكذا؛ لأن المرض قد يكون في فيه من ابتداء خلقته، فيثبت حكمه في بعض ديتها، كما لو كان طارئا.

[فصل دية لسان الأخرس]

فصل: وفي لسان الأخرس روايتان أيضا، كالروايتين في اليد الشلاء. وكذلك كل عضو ذهبت منفعته، وبقيت صورته، كالرجل الشلاء، والإصبع والذكر إذا كان أشل، وذكر الخصي والعنين إذا قلنا: لا تكمل ديتهما. وأشباه هذا، فكله يخرج على الروايتين؛ إحداهما؛ فيه ثلث ديته. والأخرى، حكومة.

[فصل دية اليد أو الرجل أو الإصبع أو السن الزوائد]

(٦٩٦٣) فصل: فأما اليد أو الرجل أو الإصبع أو السن الزوائد، ونحو ذلك، فليس فيه إلا حكومة. وقال القاضي: هذا في معنى اليد الشلاء، فتكون على قياسها، يخرج على الروايتين. والذي ذكرناه أصح؛ لأنه لا تقدير في هذا، ولا هو في معنى المقدر، ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهبت منفعته وبقي جماله؛ لأن هذه الزوائد لا جمال فيها، إنما هي شين في الخلقة، وعيب يرد به المبيع، وتنقص به القيمة، فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال؟ ثم لو حصل به جمال ما، لكنه يخالف جمال العضو الذي يحصل به تمام الخلقة، ويختلف في نفسه اختلافا كثيرا، فوجبت فيه الحكومة. ويحتمل أن لا يجب فيه شيء؛ لما ذكرنا.

[فصل دية قطع الذكر بعد حشفته وقطع الكف بعد أصابعه]

(٦٩٦٤) فصل: واختلفت الرواية في قطع الذكر بعد حشفته، وقطع الكف بعد أصابعه؛ فروى أبو طالب عن أحمد، فيه ثلث ديته، وكذلك شحمة الأذن. وعن أحمد في ذلك كله حكومة. والصحيح في هذا، أن فيه حكومة؛ لعدم التقدير فيه، وامتناع قياسه على ما فيه تقدير، لأن الأشل بقيت صورته، وهذا لم تبق

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٦٤

صورته، إنما بقي بعض ما فيه الدية، أو أصل ما فيه الدية. فأما قطع الذراع بعد قطع الكف، والساق بعد قطع القدم، فينبغي أن تجب الحكومة فيه، وجها واحدا؛ لأن إيجاب ثلث دية اليد فيه، يفضي إلى أن يكون الواجب فيه مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحدا، مع تفاوتهما وعدم النص فيهما. والله أعلم.." (١)

"في موضحة الحر. يحترز به من موضحة العبد. وقوله: سواء كان من رجل أو امرأة. يعني أنهما لا يختلفان في أرش الموضحة؛ لأنها دون ثلث الدية، وهما يستويان فيما دون الثلث، ويختلفان فيما زاد.

وعند الشافعي أن موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل، بناء على أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل في الكثير والقليل. وسنذكر ذلك في موضعه، إن شاء الله تعالى. وعموم الحديث الذي رويناه هاهنا حجة عليه، وفيه كفاية. وأكثر أهل العلم على أن الموضحة في الرأس والوجه سواء. روي ذلك عن أبي بكر، وعمر – رضي الله عنهما –. وبه قال شريح، ومكحول، والشعبي، والنخعي، والزهري، وربيعة، وعبيد الله بن الحسن، وأبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق.

وروي عن سعيد بن المسيب، أنه قال: تضعف موضحة الوجه على موضحة الرأس، فيجب في موضحة الوجه عشر من الإبل؛ لأن شينها أكثر. وذكره القاضي رواية عن أحمد. وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة. وقال مالك: إذا كانت في الأنف أو في اللحي الأسفل، ففيها حكومة؛ لأنها تبعد عن الدماغ، فأشبهت موضحة سائر البدن. ولنا عموم الأحاديث، وقول أبي بكر، وعمر – رضي الله عنهما –: الموضحة في الرأس والوجه سواء. ولأنها موضحة، فكان أرشها خمسا من الإبل، كغيرها مما سلموه، ولا عبرة بكثرة الشين، بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة.

وما ذكروه لمالك لا يصح؛ فإن الموضحة في الصدر أكثر ضررا، وأقرب إلى القلب، ولا مقدر فيها. وقد روي عن أحمد، – رحمه الله –، أنه قال: موضحة الوجه أحرى أن يزاد في ديتها. وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر والله أعلم، إنما معناه أنها أولى بإيجاب الدية، فإنه إذا وجب في موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس، خمس من الإبل، فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر، الذي هو مجمع المحاسن، وعنوان الجمال أولى. وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على ما يخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف، ولا قياس صحيح.

(٦٩٦٨) فصل: ويجب أرش الموضحة في الصغيرة والكبيرة، والبارزة والمستورة بالشعر؛ لأن اسم الموضحة

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٦٨

يشمل الجميع. وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم، ولو بقدر إبرة. ذكره ابن القاسم، والقاضي. فإن شجه في رأسه شجة، بعضها موضحة، وبعضها دون الموضحة، لم يلزمه أكثر من أرش موضحة؛ لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة، فلأن لا يلزمه في الإيضاح في البعض أكثر من ذلك أولى، وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة، وباقيها دونها، لم يلزمه أكثر من أرش هاشمة، وإن كانت منقلة وما دونها، أو مأمومة. وما دونها، فعليه أرش منقلة أو مأمومة؛ لما ذكرنا.." [1]

"(٦٩٦٩) فصل: وليس في موضحة غير الرأس والوجه مقدر، في قول أكثر أهل العلم؛ منهم إمامنا، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. قال ابن عبد البر: ولا يكون في البدن موضحة. يعني ليس فيها مقدر. قال: وعلى ذلك جماعة العلماء إلا الليث بن سعد، قال: الموضحة تكون في الجسد أيضا. وقال الأوزاعي في جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس. وحكي نحو ذلك عن عطاء الخراساني، قال: في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون دينارا. ولنا، أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس، وقول الخليفتين الراشدين: الموضحة في الوجه والرأس سواء. يدل على أن باقي الجسد بخلافه، ولأن الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن، فلا يلحق به، ثم إيجاب ذلك في سائر البدن يفضي إلى أن يجب في موضحة العضو أكثر من ديته، مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث، ودية الموضحة خمسة. وأما قول الأوزاعي وعطاء الخراساني، فتحكم لا نص فيه، ولا قياس يقتضيه، فيجب اطراحه.

[فصل أوضحه في رأسه وجر السكين إلى قفاه]

(٦٩٧٠) فصل: وإن أوضحه في رأسه، وجر السكين إلى قفاه، فعليه أرش موضحة، وحكومة لجرح القفا؛ لأن القفا ليس بموقع للموضحة. وإن أوضحه في رأسه، ومدها إلى وجهه، فعلى وجهين؛ أحدهما، أنها موضحة واحدة؛ لأن الوجه والرأس سواء في الموضحة، فصار كالعضو الواحد. والثاني؛ هما موضحتان؛ لأنه أوضحه في عضوين، فكان لكل واحد منهما حكم نفسه، كما لو أوضحه في رأسه ونزل إلى القفا.

[فصل أوضحه في رأسه موضحتين بينهما حاجز]

(٦٩٧١) فصل: وإن أوضحه في رأسه موضحتين، بينهما حاجز، فعليه أرش موضحتين؛ لأنهما موضحتان.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٧٠

فإن أزال الحاجز الذي بينهما، وجب أرش موضحة واحدة؛ لأنه صار الجميع بفعله موضحة، فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما. وإن اندملتا، ثم أزال الحاجز بينهما، فعليه أرش ثلاث مواضح؛ لأنه استقر عليه أرش الأوليين بالاندمال، ثم لزمته دية الثالثة. وإن تآكل ما بينهما قبل اندمالهما فزال، لم يلزمه أكثر من أرش واحدة؛ لأن سراية فعله كفعله. وإن اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله، أو سراية الأخرى، فعليه أرش موضحتين.

وإن أزال الحاجز أجنبي، فعلى الأول أرش موضحتين، وعلى الثاني أرش موضحة؛ لأن فعل أحدهما لا ينبني على فعل الآخر، فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته. وإن أزاله المجني عليه، وجب على الأول أرش موضحتين؛ لأن ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره. فإن اختلفا." [1]

"لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق، فيكون في كل ترقوة بعير.

وهذا قول عمر بن الخطاب. وبه قال سعيد بن المسيب، ومجاهد، وعبد الملك بن مروان، وسعيد بن جبير، وقتادة، وإسحاق. وهو قول للشافعي، والمشهور من قوليه عند أصحابه، أن في كل واحد مما ذكرنا حكومة، وهو قول مسروق، وأبي حنيفة، ومالك، وابن المنذر؛ لأنه عظم باطن، لا يختص بجمال ومنفعة، فلم يجب فيه أرش مقدر، كسائر أعضاء البدن، ولأن التقدير إنما يكون بتوقيف أو قياس صحيح، وليس في هذا توقيف ولا قياس. وروي عن الشعبي، أن في الترقوة أربعين دينارا، وقال عمرو بن شعيب: في الترقوتين الدية، وفي إحداهما نصفها؛ لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة، وليس في البدن غيرهما من جنسهما، فكملت فيهما الدية، كاليدين.

ولنا، قول عمر – رضي الله عنه –، وزيد بن ثابت. وما ذكروه ينتقض بالهاشمة؛ فإنها كسر عظام باطنة، وفيها مقدر. ولا يصح قولهم: إنه لا تختص بجمال ومنفعة. فإن جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها، ولا مشارك لها فيه. وأما قول عمرو بن شعيب، فمخالف للإجماع، فإننا لا نعلم أحدا قبله ولا بعده وافقه فيه.

[مسألة دية الزند]

(٦٩٩٤) مسألة: قال: (وفي الزند أربعة أبعرة؛ لأنه عظمان) قال القاضي: يعني به الزندين فيهما أربعة أبعرة؛ لأن فيهما أربعة عظام، ففي كل عظم بعير. وهذا يروى عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – وقال أبو

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٧١

حنيفة، ومالك، والشافعي: فيه حكومة؛ لما تقدم. ولنا، ما روى سعيد، حدثنا هشيم، حدثنا يحيى بن سعيد، عن عمرو بن شعيب، أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر في أحد الزندين إذا كسر، فكتب إليه عمر: إن فيه بعيرين، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل. ورواه أيضا من طريق آخر مثل ذلك. وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة، فكان إجماعا.

[فصل دية العظام]

(٦٩٩٥) فصل: ولا مقدر في غير هذه العظام، في ظاهر كلام الخرقي. وهو قول أكثر أهل العلم. وقال القاضي: في عظم الساق بعيران، وفي الساقين أربعة أبعرة، وفي عظم الفخذ بعيران، وفي الفخذين أربعة، فهذه تسعة عظام فيها مقدر؛ الضلع، والترقوتان؛ والزندان، والساقان، والفخذان، وما عداها لا مقدر فيه. وقال ابن عقيل، وأبو الخطاب، وجماعة من أصحاب القاضي: في كل واحد من الذراع والعضد بعيران. وزاد أبو الخطاب عظم القدم؛ لما روى سليمان بن يسار، أن عمر - رضي الله عنه - قضى في الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر، ولم يكن به دحور يعني عوجا بعير، وإن كان فيها دحور،." (١)

"من الشجاج الخمس فلا توقيت فيها في الصحيح من مذهب أحمد. وهو قول أكثر الفقهاء.
يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي، وروي عن أحمد، رواية أخرى، أن في الدامية بعيرا، وفي الباضعة بعيرين، وفي المتلاحمة ثلاثة، وفي السمحاق أربعة أبعرة؛ لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت. وروي عن علي - رضي الله عنه - في السمحاق مثل ذلك. رواه سعيد عنهما.
وعن عمر وعثمان، فيها نصف أرش الموضحة. والصحيح الأول؛ لأنها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع، فكان الواجب فيها حكومة، كجراحات البدن. روي عن مكحول، قال «قضى النبي - صلى الله عليه وسلم - في الموضحة بخمس من الإبل، ولم يقض فيما دونها» ، ولأنه لم يثبت فيها مقدر بتوقيف، ولا له قياس يصح، فوجب الرجوع إلى الحكومة، كالحارصة. وذكر القاضي، أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة، مثل أن يكون في رأس المجني عليه موضحة إلى جانبها، قدرت هذه الجراحة منها، فإن كانت بقدر النصف، وجب نصف أرش الموضحة، إن كانت بقدر الثلث، وجب ثلث الأرش.
وعلى هذا، إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك، فتوجب ما تخرجه الحكومة، فإذا كانت الجراحة قدر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٩/٨

نصف الموضحة، وشينها ينقص قدر ثلثيها، أوجبنا ثلثي أرش الموضحة، وإن نقصت الحكومة أقل من النصف، أوجبنا النصف، فنوجب الأكثر مما تخرجه الحكومة، أو قدرها من الموضحة؛ لأنه اجتمع سببان موجبان؛ الشين وقدرها من الموضحة، فوجب بها أكثرهما؛ لوجود سببه. والدليل على إيجاب المقدار، أن هذا اللحم فيه مقدر، فكان في بعضه بمقداره من ديته، كالمارن والحشفة والشفة والجفن، وهذا مذهب الشافعي. وهذا لا نعلمه مذهبا لأحمد ولا يقتضيه مذهبه، ولا يصح؛ لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة، فلا يجب فيها مقدر. كجراحات البدن، ولا يصح قياس هذا على ما ذكروه، فإنه لا تجب فيه الحكومة، ولا نعلم لما ذكروه نظيرا.

[مسألة الجراح التي لم توقت]

(٦٩٩٧) مسألة: قال: (وما لم يكن فيه من الجراح توقيت، ولم يكن نظيرا لما وقتت ديته، ففيه حكومة) أما الذي فيه توقيت، فهو الذي نص النبي - صلى الله عليه وسلم - على أرشه، وبين قدر ديته، كقوله: «في الأنف الدية، وفي اللسان الدية» . وقد ذكرناه. وأما نظيره، فهو ما كان في معناه، ومقيسا عليه، كالأليتين، والثديين، والحاجبين. وقد ذكرنا ذلك أيضا، فما لم يكن من الموقت، ولا مما يمكن قياسه عليه، كالشجاج التي دون الموضحة، وجراح البدن سوى الجائفة، وقطع الأعضاء، وكسر العظام المذكورة؛ فليس فيه إلا الحكومة.." (١)

"الشيء أكثر مما يجب فيه، ولأن الضرر في الموضحة أكثر، والشين أعظم، والمحل واحد، فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس، كان ذلك تنبيها على أن لا يزيد ما دونها عليها. وأما سائر البدن، فما كان فيه موقت، كالأعضاء، والعظام المعلومة، والجائفة، فلا يزاد جرح عظم على ديته، مثاله، جرح أنملة، فبلغ أرشها بالحكومة خمسا من الإبل، فإنه يرد إلى دية الأنملة. وإن جنى عليه في جوفه دون الجائفة، لم يزد على أرش الجائفة، وما لم يكن كذلك، وجب ما أخرجته الحكومة؛ لأن المحل مختلف. فإن قيل: فقد وجب في بعض البدن أكثر مما وجب في جميعه، ووجب في منافع اللسان أكثر من الواجب فيه؟ قلنا: إنما وجبت دية النفس عوضا عن الروح، وليست الأطراف بعضها، بخلاف مسألتنا هذه. ذكره القاضي. ويحتمل كلام الخرقي أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه؛ لقوله: إلا أن تكون الجناية في رأس أو وجه، فلا يجاوز به أرش الموقت. فصل: وإذا أخرجت الحكومة في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر أرش

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٨١

الموضحة، أو زيادة عليه، فظاهر كلام الخرقي أنه يجب أرش الموضحة. وقال القاضي: يجب أن تنقص عنها شيئا، على حسب ما يؤدي إليه الاجتهاد. وهذا مذهب الشافعي؛ لئلا يجب في بعضها ما يجب في جميعها. وجه قول الخرقي أن مقتضى الدليل وجوب ما أخرجته الحكومة، وإنما سقط الزائد على أرش الموضحة؛ لمخالفته النص، أو تنبيه النص، ففيما لم يزد، يجب البقاء على الأصل، ولأن ما ثبت بالتنبيه، يجوز أن يساوي المنصوص عليه في الحكم، ولا يلزم أن يزيد عليه، كما أنه نص على وجوب فدية الأذى في حق المعذور، ولم تلزم زيادتها في حق من لا عذر له، ولا يمتنع أن يجب في البعض ما يجب في الكل، بدليل وجوب دية الأصابع؛ مثل دية اليد كلها، وفي حشفة الذكر مثل ما في جميعه.

فإن هذا وجب بالتقدير الشرعي، لا بالتقويم. قلنا: إذا ثبت الحكم بنص الشارع، لم يمتنع ثبوت مثله بال قياس عليه، والاجتهاد المؤدي إليه. وفي الجملة، فالحكومة دليل ترك العمل بها في الزائد لمعنى مفقود في المساوي، فيجب العمل فيه بها لعدم المعارض ثم، وإن صح ما ذكروه، فينبغي أن ينقص أدنى ما تحصل به المساواة المحذورة، ويجب الباقي، عملا بالدليل الموجب له – والله أعلم.

[فصل كيفية التقويم في الجروح]

(٧٠٠١) فصل: ولا يكون التقويم إلا بعد برء الجرح؛ لأن أرش الجرح المقدر إنما يستقر بعد برئه، فإن لم تنقصه الجناية شيئا بعد البرء، مثل أن قطع إصبعا أو يدا زائدة، أو قلع لحية امرأة، فلم ينقصه ذلك، بل زاده حسنا." (١)

"يعني لا قود على قاتله إذا كان نصفه حرا؛ لأنه ناقص بالرق، فلم يقتل به الحر، كما لو كان كله رقيقا.

وإن كان قاتله عبدا، قتل به؛ لأنه أكمل من الجاني. وإن كان نصف القاتل حرا، وجب القود؛ لتساويهما، وإن كانت الحرية في القاتل أكثر، لم يجب القود؛ لعدم المساواة بينهما، وذلك كله إذا لم يكن القاتل عبدا فعليه نصف دية حر، ونصف قيمته، إذا كان عمدا؛ لأن العاقلة لا تحمل العمد، وإن كان خطأ ففي ماله نصف قيمته؛ لأن العاقلة لا تحمل العبد، وعلى عاقلته نصف الدية؛ لأنها دية حر في الخطإ، والعاقلة تحمل ذلك، وهكذا الحكم في جراحه إذا كان قدر الدية من أرشها يبلغ ثلث الدية، مثل أن يقطع أنفه أو يديه. وإن قطع إحدى يديه، فعقل جميعها على الجاني في ماله؛ لأن عليه نصف دية اليد، وهو ربع ديته؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٣/٨

لأجل حرية نصفه، وذلك دون ثلث الدية، وعليه ربع قيمته.

[فصل دية الأعضاء]

(٧٠٠٨) فصل: ودية الأعضاء كدية النفس، فإن كان الواجب من الذهب أو الورق، لم يختلف بعمد ولا خطإ، وإن كان من الإبل، وجب في العمد أرباعا، على إحدى الروايتين، وفي الأخرى يجب خمس وعشر منها حقاق، وخمس وعشر جذاع، وخمساها خلفات، وفي الخطإ يجب أخماسا، فإن لم يمكن، مثل أن يوضحه عمدا، فإنه يجب أربعة أرباعا، والخامس من أحد الأجناس الأربعة، قيمته ربع قيمة الأربع. وإن قلنا بالرواية الأخرى، وجب خلفتان، وحقة، وجذعة، وبعير قيمته نصف قيمة حقة ونصف قيمة جذعة. وإن كان خطأ، وجب الخمس من الأجناس الخمسة. من كل جنس بعير.

وإن كان الواجب دية أنملة، وقلنا: يجب من ثلاثة أجناس، وجب بعير وثلث من الخلفات، وحقة، وجذعة. وإن قلنا: أرباعا، وجب ثلاثة وثلث، قيمتها نصف قيمة الأربعة وثلثها. وإن كان خطأ، فقيمتها ثلثا قيمة الخمس. وعند أصحابنا، قيمة كل بعير مائة وعشرون درهما، أو عشرة دنانير. ولا فائدة في تعيين أسنانها، فإن اختلفت قيمة الدنانير والدراهم، مثل أن كانت العشرة دنانير تساوي مائة درهم، ف قياس قولهم، أنه إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير، لزم المجني عليه قبوله؛ لأنه لو جاءه بالدنانير، لزمه قبولها، فيلزمه قبول ما يساويها – والله أعلم.

[باب القسامة]

القسامة: مصدر أقسم قسما وقسامة. ومعناه حلف حلفا. والمراد بالقسامة هاهنا الأيمان المكررة في دعوى القتل. قال القاضي: هي الأيمان إذا كثرت على وجه المبالغة. قال: وأهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون؛ سموا باسم المصدر، كما يقال: رجل زور وعدل ورضى. وأي الأمرين كان، فهو من القسم الذي هو الحلف.

والأصل في القسامة ما روى يحيى بن سعيد الأنصاري، عن بشير بن يسار، عن سهل بن أبي حثمة،." [١]

"أحدهما، ليس بلوث؛ لأنه لا يتعلق بشهادتهم حكم، فلا يثبت اللوث بها، كشهادة الأطفال والمجانين. والثاني: يثبت بها اللوث؛ لأنها شهادة تغلب على الظن صدق المدعي، فأشبه شهادة النساء

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٧/٨

والعبيد، وقول الصبيان معتبر في الإذن في دخول الدار، وقبول الهدية، ونحوها. وهذا مذهب الشافعي. ويعتبر أن يجيء الصبيان متفرقين؛ لئلا يتطرق إليهم التواطؤ على الكذب. فهذه الوجوه قد ذكر عن أحمد، أنها لوث؛ لأنها تغلب على الظن صدق المدعي، أشبهت العداوة.

وروي أن هذا ليس بلوث، وهو ظاهر كلامه في الذي قتل في الزحام؛ لأن اللوث إنما يثبت بالعداوة بقضية الأنصاري القتيل بخيبر، ولا يجوز ال قياس عليها؛ لأن الحكم ثبت بالمظنة، ولا يجوز ال قياس في المظان؛ لأن الحكم إنما يتعدى بتعدي سببه، وال قياس في المظان جمع بمجرد الحكمة وغلبة الظنون، والحكم والظنون تختلف ولا تأتلف، وتنخبط ولا تنضبط، وتختلف باختلاف القرائن والأحوال والأشخاص، فلا يمكن ربط الحكم بها، ولا تعديته بتعديها، ولأنها يعتبر في التعدية وال قياس التساوي بين الأصل والفرع في المقتضي، ولا سبيل إلى يقين التساوي بين الظنين مع كثرة الاحتمالات وترددها، فعلى هذه الرواية، حكم هذه الصور حكم غيرها، مما لا لوث فيه.

[فصل شهد رجلان على رجل أنه قتل أحد هذين القتيلين]

(٧٠١٦) فصل: وإن شهد رجلان على رجل، أنه قتل أحد هذين القتيلين. لم تثبت هذه الشهادة، ولم يكن لوثا عند أحد علمائنا. قوله: وإن شهدا أن هذا القتيل قتله أحد هذين الرجلين، أو شهد أحدهما أن هذا قتله، وشهد الآخر أنه أقر بقتله، أو شهد أحدهما أن هذا قتله بسيف، وشهد الآخر أنه قتله بسكين، لم تثبت الشهادة، ولم تكن لوثا. هذا قول القاضي واختياره. والمنصوص عن أحمد، فيما إذا شهد أحدهما بقتله، والآخر بالإقرار بقتله، أنه يثبت القتل. واختار أبو بكر ثبوت القتل هاهنا، وفيما إذا شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه قتله بسكين؛ لأنهما اتفقا على القتل، واختلفا في صفته. وقال الشافعي: هو لوث في هذه الصورة، في أحد القولين، وفي الصورتين اللتين قبلها هو لوث؛ لأنها شهادة تغلب على الظن صدق المدعي، أشبهت شهادة النساء والعبيد.

ولنا، أنها شهادة مردودة؛ للاختلاف فيها، فلم تكن لوثا، كالصورة الأولى.

[فصل شرط اللوث]

فصل: وليس من شرط اللوث أن يكون بالقتيل أثر. وبهذا قال مالك، والشافعي. وعن أحمد: أنه شرط.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٩٤

"وهذا قول حماد، وأبي حنيفة، والثوري؛ لأنه إذا لم يكن به أثر، احتمل أنه مات حتف أنفه.

ولنا؛ أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يسأل الأنصار، هل كان بقتيلهم أثر أو لا؟ ولأن القتل يحصل بما لا أثر له، كغم الوجه، والخنق، وعصر الخصيتين، وضربة الفؤاد، فأشبه من به أثر، ومن به أثر قد يموت حتف أنفه؛ لسقطته، أو صرعته، أو يقتل نفسه. فعلى قول من اعتبر الأثر، إن خرج الدم من أذنه، فهو لوث؛ لأنه لا يكون إلا بالخنق له، أو أمر أصيب به، وإن خرج من أنفه، فهل يكون لوثا؟ على وجهين.

[الفصل الثاني بما تثبت القسامة]

(٧٠١٨) الفصل الثاني: أن القسامة لا تثبت ما لم يتفق الأولياء على الدعوى، فإن كذب بعضهم بعضا، فقال أحدهم: قتله هذا. وقال الآخر: لم يقتله هذا. أو قال: بل قتله هذا الآخر، لم تثبت القسامة. نص عليه أحمد. وسواء كان المكذب عدلا أو فاسقا. وذكر عن الشافعي أن القسامة لا تبطل بتكذيب الفاسق؛ لأن قوله غير مقبول.

ولنا، أنه مقر على نفسه بتبرئة من ادعى عليه أخوه، فقبل، كما لو ادعى دينا لهما، وإنما لا يقبل قوله على غيره، فأما على نفسه، فهو كالعدل؛ لأنه لا يتهم في حقها؛ فأما إن لم يكذبه، ولم يوافقه في الدعوى، مثل أن قال أحدهما؛ قتله هذا. وقال الآخر: لا نعلم قاتله. فظاهر كلام الخرقي، أن القسامة لا تثبت؛ لاشتراطه ادعاء الأولياء على واحد. وهذا قول مالك.

وكذلك إن كان أحد الوليين غائبا، فادعى الحاضر دون الغائب، أو ادعيا جميعا على واحد، ونكل أحدهما عن الأيمان، لم يثبت القتل، في قياس قول الخرقي. ومقتضى قول أبي بكر والقاضي، ثبوت القسامة. وكذلك مذهب الشافعي لأن أحدهما لم يكذب الآخر، فلم تبطل القسامة، كما لو كان أحد الوارثين امرأة أو صغيرا، فعلى قولهم، يحلف المدعي خمسين يمينا، ويستحق نصف الدية؛ لأن الأيمان هاهنا بمنزلة البينة، ولا يثبت شيء من الحق إلا بعد كمال البينة، فأشبه ما لو ادعى أحدهما دينا لأبيهما، فإنه لا يستحق نصيبه من الدين إلا أن يقيم بينة كاملة.

وذكر أبو الخطاب، فيما إذا كان أحدهما غائبا، أن الأول فيه وجهان؛ أحدهما، أنه يحلف خمسا وعشرين يمينا، وهذا قول ابن حامد؛ لأن الأيمان مقسومة عليه وعلى أخيه، بدليل ما لو كانا حاضرين متفقين في الدعوى، ولا يحلف الإنسان عن غيره، فلا يلزمه أكثر من حصته، فإذا حضر الغائب أقسم خمسة وعشرين يمينا وجها واحدا؛ لأنه يبني على أيمان أخيه. وذكر أبو بكر والقاضي في نظير هذه المسألة؛ أن الأول

يحلف خمسين يمينا، وهل يحلف الثاني خمسين أو خمسة وعشرين؟ على وجهين؛ أحدهما يقول، يحلف خمسين؛ لأن أخاه لم يستحق إلا بخمسين، فكذلك هو.." (١)

"ويفارق اليمين على المدعى عليه، فإنها ليست حجة للمدعي، ولأنها لم يمكن قسمتها، فكملت في حق واحد؛ كاليمين المنكسرة في القسامة، فإنها تجبر وتكمل في حق كل واحد؛ لكونها لا تتبعض، وما لا يتبعض يكمل، كالطلاق والعتاق. وما ذكره مالك لا يصح؛ لأنه إسقاط لليمين عمن عليه بعضها، فلم يجز، كما لو تساوى الكسران، بأن يكون على كل واحد من الاثنين نصفها، أو على كل واحد من الثلاثة ثلثها، وبال قياس على من عليه أكثرها؛ ولأن اليمين في سائر الدعاوى تكمل في حق كل واحد، ويستوي من له في المدعى كثير وقليل، كذا هاهنا، ولأنه يفضي إلى أن يتحمل اليمين غير من وجبت عليه عمن وجبت عليه، فلم يجز ذلك، كاليمين الكاملة، وكالجزء الأكبر.

(٧٠٣١) فصل: فإن كان فيهم من لا قسامة عليه بحال، وهو النساء، سقط حكمه، فإذا كان ابن وبنت، حلف الابن الخمسين كلها. وإن كان أخ وأخت لأم وأخ وأخت لأب، قسمت الأيمان بين الأخوين، على أحد عشر، على الأخ من الأم ثلاثة، وعلى الآخر ثمانية، ثم يجبر الكسر عليهما، فيحلف الأخ من الأب سبعة وثلاثين يمينا، والأخ من الأم أربع عشرة يمينا.

[فصل مات المستحق القسامة]

(٧٠٣٢) فصل: فإن مات المستحق، انتقل إلى وارثه ما عليه من الأيمان، وكانت الأيمان بينهم على حسب مواريثهم، ويجبر الكسر فيها عليهم، كما ينجبر في حق ورثة القتيل. وإن مات بعضهم، قسم نصيبه من الأيمان بين ورثته، فلو كان للقتيل ثلاثة بنين، كان على كل واحد سبع عشرة يمينا، فإن مات بعضهم قبل أن يقسم، وخلف ثلاثة بنين، قسمت أيمانه بينهم، فكان على كل واحد منهم ستة أيمان. وإن خلف ابنين، حلف كل واحد تسعة أيمان. وإنما قلنا هذا؛ لأن الوارث يقوم مقام الموروث في إثبات حججه، كما يقوم مقامه في استحقاق ماله، وهذا من حججه، ولذلك يملك إقامة البينة والحلف في الإنكار، ومع الشاهد الواحد في دعوى المال.

وإن كان موته بعد شروعه في الأيمان، فحلف بعضها، فإن ورثته يستأنفون الأيمان، ولا يبنون على أيمانه؛ لأن الخمسين جرت مجرى اليمين الواحدة؛ ولأنه لا يجوز أن يستحق أحد بيمين غيره، ولا يبطل هذا بما

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٩٥

إذا حلف جميع الأيمان ثم مات؛ لأنه يستحق المال إرثا عنه، لا بيمينه، ولأنه إذا حلف الوارثان، كل واحد خمسة وعشرين يمينا، فإن الدية تستحق بيمينهما؛ لأنهما يشتركان في الأيمان، ويستحق كل واحد بقدر أيمانه، ولا يستحق بيمين غيره، وإن كان اجتماع العدد شرطا في استحقاقها.

[فصل حلف بعض الأيمان ثم جن ثم أفاق]

(٧٠٣٣) فصل: ولو حلف بعض الأيمان، ثم جن، ثم أفاق، فإنه يتمم، ولا يلزمه الاستئناف؛ لأن أيمانه وقعت موقعها." (١)

"الموصي في إثبات حقوقه، فإذا حلفوا، ثبت لها البدل بالوصية، وإن لم يحلفوا، لم يكن لها أن تحلف، كما إذا امتنع الورثة من اليمين مع الشاهد، لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه.

[فصل المحجور عليه لسفه أو فلس في دعوى القتل]

(٧٠٣٧) فصل: والمحجور عليه لسفه أو فلس، كغير المحجور عليه، في دعوى القتل، والدعوى عليه، إلا أنه إذا أقر بمال، أو لزمته الدية بالنكول عن اليمين، لم يلزمه في حال حجره؛ لأن إقراره بالمال في الحال غير مقبول بالنسبة إلى أخذ شيء من ماله في الحال، على ما عرف في موضعه.

[فصل جرح مسلم فارتد ومات على الردة]

(٧٠٣٨) فصل: ولو جرح مسلم فارتد، ومات على الردة، فلا قسامة فيه؛ لأن نفسه غير مضمونة، وإنما يضمن الجرح، ولا قسامة فيما دون النفس، ولأن ماله يصير فيئا، والفيء ليس له مستحق معين فتثبت القسامة له. وإن مات مسلما، فارتد وارثه قبل القسامة، فقال أبو بكر: ليس له أن يقسم، وإن أقسم لم يصح؛ لأن ملكه يزول عن ماله وحقوقه، فلا يبقى مستحقا للقسامة. وهذا قول المزني.

ولأن المرتد قد أقدم على الشرك الذي لا ذنب أعظم منه، فلا يستحق بيمينه دم مسلم، ولا يثبت بها قتل. وقال القاضي: الأولى أن تعرض عليه القسامة، فإن أقسم، وجبت الدية، وهذا قول الشافعي؛ لأن استحقاق المال بالقسامة حق عليه فلا يبطل بردته، كاكتساب المال بوجوه الاكتساب، وكفره لا يمنع يمينه، فإن الكافر تصح يمينه، وتعرض عليه في الدعاوى فإن حلف، ثبت القصاص أو الدية، فإن عاد إلى الإسلام، كان له، وإن مات كان فيئا. والصحيح، إن شاء الله، ما قال أبو بكر؛ لأن مال المرتد إما أن يكون ملكه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٠٥

قد زال عنه، وإما موقوف، وحقوق المال حكمها حكمه؛ فإن قلنا بزوال ملكه، فلا حق له، وإن قلنا: هو موقوف. فهو قبل انكشاف حاله مشكوك فيه، فلا يثبت الحكم بشيء مشكوك فيه، فكيف وقتل المسلم أمر كبير لا يثبت مع الشبهات، ولا يستوفى مع الشك.

فأما إن ارتد قبل موت موروثه، لم يكن وارثا، ولا حق له، وتكون القسامة لغيره من الوراث. فإن لم يكن للميت وارث سواه، فلا قسامة فيه؛ لما ذكرنا. وإن عاد إلى الإسلام قبل قسامة غيره، ف قياس المذهب أنه يدخل في القسامة؛ لأنه متى رجع قبل قسم الميراث، قسم له. وقال القاضي: لا تعود القسامة إليه؛ لأنها استحقت على غيره. وإن ارتد رجل فقتل عبده، أو قتل ثم ارتد، فهل له أن يقسم؟ على وجهين؛ بناء على الاختلاف المتقدم. فإن عاد إلى الإسلام، عادت القسامة؛ لأنه يستحق بدل العبد.." (١)

"السكين، وشهادة الزور. وبهذا قال مالك. والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تجب بالتسبب؛ لأنه ليس بقتل، ولأنه ضمن بدله بغير مباشرة للقتل، فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة. ولنا، أنه كالمباشرة في الضمان، فكان كالمباشرة في الكفارة، ولأنه سبب لإتلاف الآدمي، يتعلق به ضمانه، فتعلقت به الكفارة، كما لو كان راكبا فأوطأ دابته إنسانا. و قياسهم ينتقض بالأب إذا أكره إنسانا على قتل ابنه؛ فإن الكفارة تجب عليه من غير مباشرة، وفارق العاقلة؛ فإنها تتحمل عن غيرها. ولم يصدر منها قتل، ولا تسبب إليه. وقولهم: ليس بقتل. ممنوع.

قال القاضي: ويلزم الشهود الكفارة، سواء قالوا: أخطأنا، أو تعمدنا. وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال، ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد؛ لأنه إن قصد به القتل، فهو جار مجرى الخطإ، في أنه لا يجب به القصاص.

[فصل تجب الكفارة بقتل العبد]

(٧٠٤٦) فصل: وتجب الكفارة بقتل العبد. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: لا تجب به، لأنه مضمون بالقيمة، أشبه البهيمة. ولنا، عموم قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . ولأنه يجب القصاص بقتله، فتجب الكفارة به، كالحر، ولأنه مؤمن، فأشبه الحر، ويفارق البهائم بذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٠٨/٨

[فصل كفارة قتل الكافر]

(٧٠٤٧) فصل: وتجب بقتل الكافر المضمون، سواء كان ذميا أو مستأمنا. وبهذا قال أكثر أهل العلم. وقال الحسن، ومالك: لا كفارة فيه؛ لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . فمفهومه أن لا كفارة في غير المؤمن. ولنا، قوله تعالى: ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . والذمي له ميثاق، وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب، ولأنه آدمي مقتول ظلما، فوجبت الكفارة بقتله، كالمسلم.

[فصل قتل الصبي أو المجنون]

(٧٠٤٨) فصل: وإذا قتل الصبي والمجنون، وجبت الكفارة في أموالهما، وكذلك الكافر. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا كفارة على واحد منهم؛ لأنها عبادة محضة، تجب بالشرع، فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر، كالصلاة والصيام.." [(١)]

"ولأنه مسلم فإذا رجع عن إسلامه، وجب قتله؛ لقوله - عليه السلام - «من بدل دينه فاقتلوه» ، وبال قياس على غيره.

ولنا، على مالك، أن الأم أحد الأبوين، فيتبعها ولدها في الإسلام، كالأب، بل الأم أولى به، لأنها أخص به، لأنه مخلوق منها حقيقة، وتختص بحمله ورضاعه، ويتبعها في الرق والحرية والتدبير والكتابة، ولأن سائر الحيوانات يتبع الولد أمه دون أبيه، وهذا يعارض ما ذكره. وأما تخيير الغلام، فهو في الحضانة لا في الدين.

[مسألة مات أحد الأبوين على كفره]

مسألة: قال: (وكذلك من مات من الأبوين على كفره، قسم له الميراث؛ وكان مسلما بموت من مات منهما) يعني، إذا مات أحد أبوي الولد الكافرين، صار الولد مسلما بموته، وقسم له الميراث. وأكثر الفقهاء على أنه لا يحكم بإسلامه بموتهما ولا موت أحدهما؛ لأنه يثبت كفره تبعا، ولم يوجد منه إسلام، ولا ممن هو تابع له فوجب إبقاؤه على ما كان عليه، ولأنه لم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا عن أحد من خلفائه، أنه أجبر أحدا من أهل الذمة على الإسلام بموت أبيه، مع أنه لم يخل زمنهم عن موت

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٣/٨

بعض أهل الذمة عن يتيم.

ولنا، قول النبي: «كل مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه» . متفق عليه. فجعل كفره بفعل أبويه، فإذا مات أحدهما، انقطعت التبعية، فوجب إبقاؤه على الفطرة التي ولد عليها، ولأن المسألة مفروضة فيمن مات أبوه في دار الإسلام، وقضية الدار الحكم بإسلام أهلها، ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها، وإنما ثبت الكفر للطفل الذي له أبوان، فإذا عدما أو أحدهما، وجب إبقاؤه على حكم الدار، لانقطاع تبعيته لمن يكفر بها، وإنما قسم له الميراث، لأن إسلامه إنما ثبت بموت أبيه الذي استحق به الميراث، فهو سبب لهما، فلم يتقدم الإسلام المانع من الميراث على استحقاقه، ولأن الحرية المعلقة بالموت لا توجب الميراث فيما إذا قال سيد العبد له: إذا مات أبوك فأنت حر. فمات أبوه، فإنه يعتق ولا يرث، فيجب أن يكون الإسلام المعلق بالموت لا يمنع الميراث، وهذا فيما إذا كان في دار الإسلام؛ لأنه متى انقطعت تبعيته لأبويه أو أحدهما، ثبت له حكم الدار، فأما دار الحرب، فلا نحكم بإسلام ولد الكافرين فيها بموتهما، ولا موت أحدهما؛ لأن الدار لا يحكم بإسلام أهلها، وكذلك لم نحكم بإسلام لقيطها.." (١)

"[مسألة شهد عليه بالردة فقال ما كفرت] [الفصل الأول شهد عليه بالردة من تثبت الردة بشهادته فأنكر]

(٧١٠٩) مسألة: قال: (ومن شهد عليه بالردة، فقال: ما كفرت. فإن شهد أن لا إله إلا الله، وأن محمدا رسول الله، لم يكشف عن شيء) الكلام في هذه المسألة في فصلين (٧١١٠) : الفصل الأول: أنه إذا شهد عليه بالردة من تثبت الردة بشهادته، فأنكر، لم يقبل إنكاره واستتيب، فإن تاب، وإلا قتل. وحكي عن بعض أصحاب أبي حنيفة، أن إنكاره يكفي في الرجوع إلى الإسلام، ولا يلزمه النطق بالشهادة؛ لأنه لو أقر بالكفر ثم أنكره، قبل منه، ولم يكلف الشهادتين، كذا هاهنا.

ولنا، ما روى الأثرم بإسناده عن علي – رضي الله عنه –، أنه أتي برجل عربي قد تنصر، فاستتابه، فأبى أن يتوب، فقتله، وأتي برهط يصلون وهم زنادقة، وقد قامت عليهم بذلك الشهود العدول، فجحدوا، وقالوا: ليس لنا دين إلا الإسلام. فقتلهم، ولم يستتبهم، ثم قال: أتدرون لم استتبت النصراني؟ استتبته لأنه أظهر دينه، فأما الزنادقة الذين قامت عليهم البينة، فإنما قتلتهم لأنهم جحدوا، وقد قامت عليهم البينة. ولأنه قد ثبت كفره، فلم يحكم بإسلامه بدون الشهادتين، كالكافر الأصلي، ولأن إنكاره تكذيب للبينة، فلم تسمع

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ١٩

كسائر الدعاوى. فأما إذا أقر بالكفر ثم أنكر، فيحتمل أن نقول فيه كمسألتنا، وإن سلمنا، فالفرق بينهما أن الحد وجب بقوله، فقبل رجوعه عنه، وما ثبت بالبينة لم يثبت بقوله، فلا يقبل رجوعه عنه، كالزنى، لو ثبت بقوله فرجع، كف عنه، وإن ثبت ببينة، لم يقبل رجوعه.

[فصل الشهادة على الردة]

(٧١١١) فصل: وتقبل الشهادة على الردة من عدلين، في قول أكثر أهل العلم. وبه يقول مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي. قال ابن المنذر: ولا نعلم أحدا خالفهم، إلا الحسن، قال: لا يقبل في القتل إلا أربعة؛ لأنها شهادة بما يوجب القتل، فلم يقبل فيها إلا أربعة، قياسا على الزنى.

ولنا، أنها شهادة في غير الزنى، فقبلت من عدلين، كالشهادة على السرقة، ولا يصح قياسه على الزنى، فإنه لم يعتبر فيه الأربعة لعلة القتل، بدليل اعتبار ذلك في زنى البكر، ولا قتل فيه، وإنما العلة كونه زنى، ولم يوجد ذلك في الردة، ثم الفرق بينهما أن القذف بالزنى يوجب ثمانين جلدة، بخلاف القذف بالردة.." [١]

"[فصل ساحر أهل الكتاب]

(٧١٣٠) فصل: فأما ساحر أهل الكتاب، فلا يقتل لسحره، إلا أن يقتل به - وهو مما يقتل به غالبا - فيقتل قصاصا. وقال أبو حنيفة: يقتل؛ لعموم ما تقدم من الأخبار، ولأنه جناية أوجبت قتل المسلم، فأوجبت قتل الذمي كالقتل. ولنا، «أن لبيد بن الأعصم سحر النبي - صلى الله عليه وسلم - فلم يقتله» . ولأن الشرك أعظم من سحره، ولا يقتل به، والأخبار وردت في ساحر المسلمين؛ لأنه يكفر بسحره، وهذا كافر أصلي. و قياسهم ينتقض باعتقاد الكفر، والمتكلم به، وينتقض بالزنى من المحصن؛ فإنه لا يقتل به الذمي عندهم، ويقتل به المسلم. والله أعلم.." [٢]

"﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾ [المائدة: ٤٨] . ولأنه لا يسوغ للنبي - صلى الله عليه وسلم - الحكم بغير شريعته، ولو ساغ ذلك لساغ لغيره، وإنما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم، وأنهم تاركون لشريعتهم، مخالفون لحكمهم، ثم هذا حجة لنا، فإن حكم الله في وجوب الرجم إن كان ثابتا في حقهم يجب أن يحكم به عليهم، فقد ثبت وجود الإحصان فيهم، فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٠

(٢) المغني لابن قدامة ٩/٣٣

بعد وجود شروط الإحصان منه، وإن منعوا ثبوت الحكم في حقهم، فلم حكم به النبي - صلى الله عليه وسلم -؟ . ولا يصح ال قياس على إحصان القذف؛ لأن من شرطه العفة، وليست شرطا هاهنا.

[فصل ارتداد المحصن الزاني]

(٧١٣٨) فصل: ولو ارتد المحصن، لم يبطل إحصانه، فلو أسلم بعد ذلك كان محصنا. وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: يبطل؛ لأن الإسلام عنده شرط في الإحصان. وقد بينا أنه ليس بشرط، ثم هذا داخل في عموم قوله - عليه السلام -: «أو زنا بعد إحصان» . ولأنه زنى بعد الإحصان، فكان حده الرجم، كالذي لم يرتد. فأما إن نقض الذمي العهد، ولحق بدار الحرب بعد إحصانه، فسبي واسترق، ثم أعتق، احتمل أن لا يبطل إحصانه، لأنه زنى بعد إحصانه فأشبه من ارتد. واحتمل أن يبطل؛ لأنه بطل بكونه رقيقا، فلا يعود إلا بسبب جديد، بخلاف من ارتد.

[فصل زنى وله زوجة له منها ولد فقال ما وطئتها]

فصل: وإذا زنى وله زوجة له منها ولد، فقال: ما وطئتها. لم يرجم. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يرجم؛ لأن الولد لا يكون إلا من وطء. فقد حكم بالوطء ضرورة الحكم بالولد. ولنا، أن الولد يلحق بإمكان الوطء واحتماله، والإحصان لا يثبت إلا بحقيقة الوطء، فلا يلزم من ثبوت ما يكتفى فيه بالإمكان وجود ما تعتبر فيه الحقيقة وهو أحق الناس بهذا، فإنه قال: لو تزوج امرأة في مجلس الحاكم، ثم طلقها فيه، فأتت بولد لحقه. مع العلم بأنه لم يطأها في الزوجية، فكيف يحكم بحقيقة الوطء مع تحقق انتفائه، وهكذا لو كان لامرأة ولد من زوج، فأنكرت أن يكون وطئها لم يثبت إحصانها لذلك.

[فصل شهدت بينة الإحصان على من أنكره أنه دخل بزوجته]

(٧١٤٠) فصل: ولو شهدت بينة الإحصان أنه دخل بزوجته، فقال أصحابنا: يثبت الإحصان به؛ لأن المفهوم من لفظ." (١)

"أنه قال: فسألت رجالا من أهل العلم، فقالوا: إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام. وهذا يدل على أن هذا كان مشهورا عندهم، من حكم الله تعالى، وقضاء رسوله - صلى الله عليه وسلم -.

وقد قيل: إن الذي قال له هذا هو أبو بكر وعمر - رضي الله عنهما -. ولأن التغريب فعله الخلفاء

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤١

الراشدون، ولا نعرف لهم في الصحابة مخالفا، فكان إجماعا، ولأن الخبر يدل على عقوبتين في حق الثيب، وكذلك في حق البكر، وما رووه عن علي لا يثبت؛ لضعف رواته وإرساله. وقول عمر: لا أغرب بعده مسلما. فيحتمل أنه أراد تغريبه في الخمر الذي أصابت الفتنة ربيعة فيه. وقول مالك يخالف عموم الخبر وال قياس؛ لأن ما كان حدا في الرجل، يكون حدا في المرأة كسائر الحدود.

وقول مالك فيما يقع لي، أصح الأقوال وأعدلها، وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم، وال قياس على سائر الحدود لا يصح؛ لأنه يستوي الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها، بخلاف هذا الحد، ويمكن قلب هذا ال قياس، بأنه حد، فلا تزاد فيه المرأة على ما على الرجل، كسائر الحدود

[فصل تغريب البكر الزاني]

(٧١٤٤) فصل: ويغرب البكر الزاني حولا كاملا، فإن عاد قبل مضي الحول، أعيد تغريبه، حتى يكمل الحول مسافرا، ويبني على ما مضى. ويغرب الرجل إلى مسافة القصر؛ لأن ما دونها في حكم الحضر، بدليل أنه لا يثبت في حقه أحكام المسافرين، ولا يستبيح شيئا من رخصهم. فأما المرأة، فإن خرج معها محرمها نفيت إلى مسافة القصر، وإن لم يخرج معها محرمها، فقد نقل عن أحمد، أنها تغرب إلى مسافة القصر، كالرجل. وهذا مذهب الشافعي. وروي عن أحمد أنها تغرب إلى دون مسافة القصر؛ لتقرب من أهلها، فيحفظوها. ويحتمل كلام أحمد أن لا يشترط في التغريب مسافة القصر، فإنه قال، في رواية الأثرم: ينفى من عمله إلى عمل غيره. وقال أبو ثور، وابن المنذر: لو نفي إلى قرية أخرى، بينهما ميل أو أقل، جاز.

وقال إسحاق: يجوز أن ينفى من مصر إلى مصر. ونحوه قال ابن أبي ليلى؛ لأن النفي ورد مطلقا غير مقيد، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم، والقصر يسمى سفرا، ويجوز فيه التيمم، والنافلة على الراحلة. ولا يحبس في البلد الذي نفي إليه. وبهذا قال الشافعي وقال مالك يحبس. ولنا، أنه زيادة لم يرد بها الشرع، فلا تشرع، كالزيادة على العام.

[فصل زنى الغريب]

(٧١٤٥) فصل: وإذا زنى الغريب غرب إلى بلد غير وطنه. وإن زنى في البلد الذي غرب إليه، غرب منه

إلى غير البلد الذي غرب منه؛ لأن الأمر بالتغريب يتناوله حيث كان، ولأنه قد أنس بالبلد الذي سكنه، فيبعد عنه.." (١)

"كانت المدعوة ممن له فيها شبهة، كالجارية المشتركة، أو لم يكن؛ لأنه لا يعذر بهذا، فأشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه أو عبده، فبان أجنبيا.

[فصل لم يعلم تحريم الزنى]

(٧١٦٤) فصل: ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنى. قال عمر، وعثمان، وعلي، لا حد إلا على من علمه. وبهذا قال عامة أهل العلم. فإن ادعى الزاني الجهل بالتحريم، وكان يحتمل أن يجهله، كحديث العهد بالإسلام والناشئ ببادية، قبل منه؛ لأنه يجوز أن يكون صادقا، وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك، كالمسلم الناشئ بين المسلمين، وأهل العلم، لم يقبل؛ لأن تحريم الزنى لا يخفى على من هو كذلك، فقد علم كذبه. وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل، قبل قوله؛ لأن عمر قبل قول المدعي الجهل بتحريم النكاح في العدة، ولأن مثل هذا يجهل كثيرا، ويخفى على غير أهل العلم.

[فصل وطئ جارية غيره]

(٧١٦٥) فصل: فإن وطئ جارية غيره، فهو زان. سواء كان بإذنه أو غير إذنه؛ لأن هذا مما لا يستباح بالبذل والإباحة، وعليه الحد إلا في موضعين؛ أحدهما، الأب إذا وطئ جارية ولده، فإنه لا حد عليه. في قول أكثر أهل العلم؛ منهم مالك، وأهل المدينة، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور، وابن المنذر: عليه الحد، إلا أن يمنع منه إجماع؛ لأنه وطء في غير ملك، أشبه وطء جارية أبيه. ولنا، أنه وطء تمكنت الشبهة منه، فلا يجب به الحد، كوطء الجارية المشتركة، والدليل على تمكن الشبهة قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أنت ومالك لأبيك» . فأضاف مال ولده إليه، وجعله له، فإذا لم تثبت حقيقة الملك، فلا أقل من جعله شبهة دارئة للحد الذي يندرئ بالشبهات، ولأن القائلين بانتفاء الحد في عصر مالك، والأوزاعي، ومن وافقهما، قد اشتهر قولهم، ولم يعرف لهم مخالف، فكان ذلك إجماعا، ولا حد على الجارية؛ لأن الحد انتفى عن الواطئ لشبهة الملك، فينتفي عن الموطوءة، كوطء الجارية المشتركة؛ ولأن الملك من قبيل المتضايفات، إذا ثبت في أحد المتضايفين ثبت في الآخر، فكذلك شبهته، ولا يصح

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤

ال قياس على وطء جارية الأب؛ لأنه لا ملك للولد فيها، ولا شبهة ملك، بخلاف مسألتنا. وذكر ابن أبي موسى قولا في وطء جارية الأب والأم، أنه لا يحد؛ لأنه لا يقطع بسرقة ماله، أشبه الأب. والأول أصح، وعليه عامة أهل العلم فيما علمناه.." (١)

"بن الحسن، وأبو ثور، وهو المشهور من قولي الشافعي؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا أتى الرجل الرجل، فهما زانيان» . ولأنه إيلاج فرج آدمي في فرج آدمي، لا ملك له فيه، ولا شبهة ملك، فكان زنى كالإيلاج في فرج المرأة، إذا ثبت كونه زنا دخل في عموم الآية والأخبار فيه، ولأنه فاحشة، فكان زنى، كالفاحشة بين الرجل والمرأة. وروي عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - أنه أمر بتحريق اللوطي. وهو قول ابن الزبير لما روى صفوان بن سليم، عن خالد بن الوليد أنه وجد في بعض ضواحي العرب رجلا ينكح كما تنكح المرأة، فكتب إلى أبي بكر، فاستشار أبو بكر - رضي الله عنه - الصحابة فيه، فكان علي أشدهم قولا فيه فقال: ما فعل هذا إلا أمة من الأمم واحدة، وقد علمتم ما فعل الله بها، أرى أن يحرق بالنار. فكتب أبو بكر إلى خالد بذلك، فحرقه. وقال الحكم، وأبو حنيفة: لا حد عليه؛ لأنه ليس بمحل الوطء، أشبه غير الفرج.

ووجه الرواية الأولى، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط، فاقتلوا الفاعل والمفعول به» . رواه أبو داود. وفي لفظ: «فارجموا الأعلى والأسفل» . ولأنه إجماع الصحابة - رضي الله عنهم -، فإنهم أجمعوا على قتله، وإنما اختلفوا في صفته. واحتج أحمد - رضي الله عنه - بقول علي - عليه السلام -، وأنه كان يرى رجمه، ولأن الله تعالى عذب قوم لوط بالرجم، فينبغي أن يعاقب من فعل فعلهم بمثل عقوبتهم. وقول من أسقط الحد عنه يخالف النص والإجماع، و قياس الفرج على غيره لا يصح؛ لما بينهما من الفرق. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن يكون في مملوك له أو أجنبي؛ لأن الذكر ليس بمحل لوطء الذكر، فلا يؤثر ملكه له. ولو وطئ زوجته أو مملوكته في دبرها، كان محرما، ولا حد فيه؛ لأن المرأة محل للوطء في الجملة، وقد ذهب بعض العلماء إلى حله، فكان ذلك شبهة مانعة من الحد، بخلاف التلوط.

[فصل تدالكت امرأتان]

(٧١٦٩) فصل: وإن تدالكت امرأتان، فهما زانيتان ملعونتان؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٨

- أنه قال: «إذا أتت المرأة المرأة، فهما زانيتان:» . ولا حد عليهما لأنه لا يتضمن إيلاجا، فأشبه المباشرة دون الفرج، وعليهما التعزير لأنه زنى لا حد فيه، فأشبه مباشرة الرجل المرأة من غير جماع. ولو باشر الرجل." (١)

"المرأة، استمتع بها فيما دون الفرج، فلا حد عليه؛ لما روي «أن رجلا أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله، إني لقيت امرأة، فأصبت منها كل شيء إلا الجماع. فأنزل الله تعالى: ﴿أقم الصلاة﴾ [الإسراء: ٧٨] الآية. فقال الرجل: ألي هذه الآية؟ فقال: لمن عمل بها من أمتي» . رواه النسائي.

ولو وجد رجل مع امرأة، يقبل كل واحد منهما صاحبه، ولم يعلم هل وطئها أو لا، فلا حد عليهما، فإن قالا: نحن زوجان، واتفقا على ذلك، فالقول قولهما. وبه قال الحكم، وحماد، والشافعي، وأصحاب الرأي. وإن شهد عليهما بالزنى، فقالا: نحن زوجان. فعليهما الحد إن لم تكن بينة بالنكاح. وبه قال أبو ثور، وابن المنذر؛ لأن الشهادة بالزنى تنفي كونهما زوجين، فلا تبطل بمجرد قولهما.

ويحتمل أن يسقط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية منه؛ لأن ما ادعياه محتمل، فيكون ذلك شبهة، كما لو شهد عليه بالسرقة، فادعى أن المسروق ملكه.

[مسألة قال أتيان البهيمة]

(٧١٧٠) مسألة: قال: (ومن أتى بهيمة أدب، وأحسن أدبه، وقتلت البهيمة) اختلفت الرواية عن أحمد، في الذي يأتي البهيمة، فروي عنه، أنه يعزر، ولا حد عليه. روي ذلك عن ابن عباس، وعطاء، والشعبي، والنخعي والحكم، ومالك، والثوري وأصحاب الرأي، وإسحاق، وهو قول للشافعي. والرواية الثانية، حكمه حكم اللائط سواء. وقال الحسن: حده حد الزاني. وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن: يقتل هو والبهيمة؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من أتى بهيمة، فاقتلوه، واقتلوها معه» . رواه أبو داود.

ووجه الرواية الأولى، أنه لم يصح فيه نص، ولا يمكن قياسه على الوطء في فرج الآدمي؛ لأنه لا حرمه لها، وليس بمقصود يحتاج في الزجر عنه إلى الحد، فإن النفوس تعافه، وعامتها تنفر منه، فبقي على الأصل في انتفاء الحد والحديث يرويه عمرو بن أبي عمرو، ولم يثبته أحمد. وقال الطحاوي: هو ضعيف. ومذهب ابن عباس خلافه، وهو الذي روي عنه. قال أبو داود: هذا يضعف الحديث عنه، قال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عن الرجل يأتي البهيمة، فوقف عندها، ولم يثبت حديث عمرو بن أبي عمرو في ذلك. ولأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦١

الحد يدرأ بالشبهات، فلا يجوز أن يثبت بحديث فيه هذه الشبهة والضعف. وقول الخرقي: أدب، وأحسن أدبه. يعني يعزر، ويبالغ في تعزيره؛ لأنه وطء في فرج محرم، لا شبهة له فيه، لم يوجب الحد، فأوجب التعزير، كوطء الميتة.

[فصل قتل البهيمة التي أتاها رجل]

(٧١٧١) فصل: ويجب قتل البهيمة. وهذا قول أبي سلمة بن عبد الرحمن، وأحد قولي الشافعي. وسواء كانت مملوكة." (١)

"الحد على أحد منهم. وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن الأولين قد جرحهم الآخرون بشهادتهم عليهم، والآخرون تتطرق إليهم التهمة. واختار أبو الخطاب وجوب الحد على الشهود الأولين؛ لأن شهادة الآخرين صحيحة فيجب الحكم بها. وهذا قول أبي يوسف، وذكر أبو الخطاب في صدر المسألة كلاما معناه: لا يحد أحد منهم حد الزنا. وهل يحد الأولون حد القذف؟ على وجهين، بناء على القاذف إذا جاء مجيء الشاهد هل يحد؟ على روايتين.

[فصل كل زنا أوجب الحد لا يقبل فيه إلا أربعة شهود]

فصل: وكل زنا أوجب الحد، لا يقبل فيه إلا أربعة شهود، باتفاق العلماء؛ لتناول النص له، بقوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] . ويدخل فيه اللواط، ووطء المرأة في دبرها؛ لأنه زنا. وعند أبي حنيفة، يثبت بشاهدين، بناء على أصله في أنه لا يوجب الحد.

وقد بينا وجوب الحد به، ويخص هذا بأن الوطء في الدبر فاحشة، بدليل قوله تعالى: ﴿أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين﴾ [الأعراف: ٨٠] . وقال الله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] . فإذا وطئت في الدبر، دخلت في عموم الآية.

ووطء البهيمة إن قلنا بوجوب الحد به، لم يثبت إلا بشهود أربعة. وإن قلنا لا يوجب إلا التعزير ففيه وجهان؛ أحدهما: يثبت بشاهدين؛ لأنه لا يوجب الحد، فيثبت بشاهدين، كسائر الحقوق. والثاني: لا يثبت إلا بأربعة. وهو قول القاضي؛ لأنه فاحشة؛ ولأنه إيلاج في فرج محرم، فأشبه الزنا. وعلى قياس هذا، كل

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦٢

وطء لا يوجب الحد ويوجب التعزير، كوطء الأمة المشتركة، وأمته المزوجة، فإن لم يكن وطئا كالمباشرة دون الفرج ونحوها، ثبت بشاهدين، وجها واحدا؛ لأنه ليس بوطء، فأشبه سائر الحقوق.

[فصل إقامة الإمام الحد بعلمه]

(٧٢٠٠) فصل: ولا يقيم الإمام الحد بعلمه روي ذلك عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه -. وبه قال مالك، وأصحاب الرأي. وهو أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: له إقامته بعلمه. وهو قول أبي ثور؛ لأنه إذا جازت له إقامته بالبينة والاعتراف الذي لا يفيد إلا الظن، فبما يفيد العلم أولى،

ولنا قول الله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] . وقوله تعالى: ﴿فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ [النور: ١٣] . وقال عمر: أو كان الحبل أو الاعتراف. ولأنه لا يجوز له أن يتكلم به، ولو رماه بما علمه منه لكان قاذفا، يلزمه حد القذف، فلم تجز إقامة الحد به، كقول غيره؛ ولأنه إذا." (١)

"[فصل قال لرجل يا ديوث يا كشخان]

(٧٢٢٤) فصل: وإن قال لرجل يا ديوث، يا كشخان. فقال أحمد: يعزر. قال إبراهيم الحربي: الديوث الذي يدخل الرجال على امرأته. وقال ثعلب: القرطبان الذي يرضى أن يدخل الرجال على امرأته. وقال: القرنان والكشحان، لم أرهما في كلام العرب، ومعناهما عند العامة مثل معنى الديوث أو قريبا منه. فعلى القاذف به التعزير، على قياس قوله في الديوث؛ لأنه قذفه بما لا حد فيه. وقال خالد بن يزيد عن أبيه، في الرجل يقول للرجل: يا قرنان: إذا كان له أخوات أو بنات في الإسلام، ضرب الحد. يعني أنه قاذف لهن. وقال خالد، عن أبيه القرنان عند العامة: من له بنات. والكشحان: من له أخوات. يعني - والله أعلم - إذا كان يدخل الرجال عليهن.

والقواد عند العامة: السمسار في الزنا. والقذف بذلك كله يوجب التعزير؛ لأنه قذف بما لا يوجب الحد.

[فصل نفى رجلا عن أبيه]

(٧٢٢٥) فصل: وإذا نفى رجلا عن أبيه، فعليه الحد. نص عليه أحمد. وكذلك إذا نفاه عن قبيلته. وبهذا قال إبراهيم النخعي، وإسحاق. وبه قال أبو حنيفة، والثوري، وحماد، إذا نفاه عن أبيه وكانت أمه مسلمة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٧٨

وإن كانت ذمية أو رقيقة، فلا حد عليه؛ لأن القذف لها. ووجه الأول ما روى الأشعث بن قيس عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه كان يقول «لا أوتى برجل يقول: إن كنانة ليست من قريش. إلا جلدته» وعن ابن مسعود، أنه قال لا جلد إلا في اثنين؛ رجل قذف محصنة أو نفى رجلا عن أبيه. وهذا لا يقوله إلا توقيفا. فأما إن نفاه عن أمه، فلا حد عليه؛ لأنه لم يقذف أحدا بالزنا.

وكذلك إن قال: إن لم تفعل كذا، فلست بابن فلان. فلا حد فيه؛ لأن القذف لا يتعلق بالشرط، وال قياس يقتضي أن لا يجب الحد بنفي الرجل عن قبيلته؛ ولأن ذلك لا يتعين فيه الرمي بالزنا، فأشبه ما لو قال للأعجمي: إنك عربي. ولو قال للعربي: أنت نبطي. أو فارسي. فلا حد فيه، وعليه التعزير. نص عليه؛ لأنه يحتمل أنك نبطي اللسان أو الطبع. وحكي عن أحمد، رواية أخرى، أن عليه الحد، كما لو نفاه عن أبيه. والأول أصح، وبه قال مالك، والشافعي؛ لأنه يحتمل غير القذف احتمالا كثيرا، فلا يتعين صرفه إليه. ومتى فسر شيئا من ذلك بالقذف، فهو قاذف.

[فصل قذف رجل رجلا فقال آخر صدقت]

(٧٢٢٦) فصل: وإذا قذف رجل رجلا، فقال آخر: صدقت، فالمصدق قاذف أيضا في أحد الوجهين؛ لأن تصديقه." (١)

"مسلمان، فعليه الحد. وإن قال لعبد، أمه حرة وأبوه عبد: لست لأبيك. فعليه الحد، وإن كان العبد للقاذف عند أبي ثور.

وقال أصحاب الرأي: يصح أن يحد المولى لعبده، واحتجوا بأن هذا قذف لأمه، فيعتبر إحصانها دون إحصانه؛ لأنها لو كانت حية، كان القذف لها، فكذلك إذا كانت ميتة؛ ولأن معنى هذا أن أمك زنت، فأتت بك من الزنا، فإذا كان من الزنا منسوبا إليها، كانت هي المقذوفة دون ولدها. ولنا، ما ذكرناه؛ ولأنه لو كان القذف لها، لم يجب الحد؛ لأن الكافر لا يرث المسلم، والعبد لا يرث الحر؛ ولأنهم لا يوجبون الحد بقذف ميتة بحال، فيثبت أن القذف له، فيعتبر إحصانه دون إحصانها – والله أعلم –.

[فصل مطالبة الابن بحد القذف عن جدته]

(٧٢٣٩) فصل: وإن قذفت جدته، ف قياس قول الخرقي، أنه كقذف أمه، إن كانت حية، فالحق لها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩٠

ويعتبر إحصانها، وليس لغيرها المطالبة عنها، وإن كانت ميتة، فله المطالبة إذا كان محصنا؛ لأن ذلك قدح في نسبه. فأما إن قذف أباه أو جده، أو أحدا من أقاربه غير أمهاته بعد موته، لم يجب الحد بقذفه في ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه إنما أوجب بقذف أمه حقا له، لنفي نسبه، لا حقا للميت، ولهذا لم يعتبر إحصان المقذوفة، واعتبر إحصان الولد، ومتى كان المقذوف من غير أمهاته، لم يتضمن نفي نسبه، فلم يجب الحد. وهذا قول أبي بكر، وأصحاب الرأي. وقال الشافعي: إن كان الميت محصنا، فلوليه المطالبة به، وينقسم انقسام الميراث؛ لأنه قذف محصنا، فيجب الحد على قاذفه، كالحي.

ولنا أنه قذف من لا يتصور منه المطالبة، فلم يجب الحد بقذفه، كالمجنون، أو نقول: قذف من لا يجب الحد له، فلم يجب، كقذف غير المحصن، وفارق قذف الحي، فإن الحد يجب له.

[مسألة قال قذف أم النبي]

(٧٢٤٠) مسألة؛ قال: (ومن قذف أم النبي – صلى الله عليه وسلم – قتل، مسلما كان أو كافرا) يعني أن حده القتل، ولا تقبل توبته. نص عليه. أحمد. وحكى أبو الخطاب رواية أخرى، أن توبته تقبل، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، مسلما كان أو كافرا؛ لأن هذا منه ردة، والمرتد يستتاب، وتصح توبته.

ولنا أن هذا حد قذف، فلا يسقط بالتوبة، كقذف غير أم النبي – صلى الله عليه وسلم –؛ ولأنه لو قبلت توبته، وسقط حده، لكان أخف حكما من قذف آحاد الناس؛ لأن قذف غيره لا يسقط بالتوبة، ولا بد من إقامته. واختلفت الرواية عن أحمد، فيما إذا كان القاذف كافرا فأسلم، فروي أنه لا يسقط بإسلامه؛ لأنه حد." (١)

"أحدهما: أنه حرم سفك الدم بها على الإطلاق، وتخصيص مكة بهذا يدل على أنه أراد العموم، فإنه لو أراد سفك الدم الحرام، لم يختص به مكة، فلا يكون التخصيص مفيدا. والثاني: قوله: «وإنما حلت لي ساعة من نهار، ثم عادت حرمتها.» ومعلوم أنه إنما أحل له سفك دم حلال في غير الحرم، فحرمها الحرم، ثم أحلت له ساعة، ثم عادت الحرمة، ثم أكد هذا بمنعه قياس غيره عليه. والاقتداء به فيه بقوله: «فإن أحد ترخص لقتال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقولوا: إن الله أذن لرسوله، ولم يأذن لكم.» وهذا يدفع ما احتجوا به من قتل ابن حنظل؛ فإنه من رخصة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – التي منع الناس أن يقتدوا به فيها، وبين أنها له على الخصوص، وما رووه من الحديث، فهو من كلام عمرو بن سعيد

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٧/٩

الأشدق يرد به قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حين روى له أبو شريح هذا الحديث، وقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق أن يتبع.

وأما جلد الزاني، وقطع السارق، والأمر بالقصاص، فإنما هو مطلق في الأمكنة والأزمنة، فإنه يتناول مكانا غير معين ضرورة أنه لا بد من مكان، فيمكن إقامته في مكان غير الحرم، ثم لو كان عموما، فإن ما رويناه خاص يخص به، مع أنه قد خص مما ذكروه الحامل، والمريض المرجو برؤه، فتأخر الحد عنه، وتأخر قتل الحامل، فجاز أن يخص أيضا بما ذكرناه. وال قياس على الكلب العقور غير صحيح؛ فإن ذلك طبعه الأذى، فلم يحرمه الحرم ليدفع أذاه عن أهله، فأما الأذى، فالأصل فيه الحرمة، وحرمته عظيمة، وإنما أبيح لعارض، فأشبه الصائل من الحيوانات المباحة من المأكولات، فإن الحرم يعصمها. إذا ثبت هذا، فإنه لا يبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يؤوى، ويقال له: اتق الله واخرج إلى الحل؛ ليستوفى منك الحق الذي قبلك. فإذا خرج استوفي حق الله منه. وهو قول جميع من ذكرناه. وإنما كان كذلك؛ لأنه لو أطعم وأوي. لتمكن من الإقامة دائما، فيضيع الحق الذي عليه، وإذا منع من ذلك، كان وسيلة إلى خروجه، فيقام فيه حق الله تعالى. وليس علينا إطعامه، كما أن الصيد لا يصاد في الحرم، وليس علينا القيام به.

قال ابن عباس – رحمه الله -: من أصاب حدا، ثم لجأ إلى الحرم، فإنه لا يجالس، ولا يبايع، ولا يؤوى، ويأتيه من يطلبه، فيقول: أي فلان، اتق الله. فإذا خرج من الحرم، أقيم عليه الحد. رواه الأثرم. فإن قتل من له عليه القصاص في الحرم، وأقام حدا بجلد أو قتل أو قطع طرف، أساء، ولا شيء عليه؛ لأنه استوفى حقه في حال لم يكن له استيفاؤه فيه، فأشبه ما لو اقتص في شدة الحر أو برد مفرط.." (١)

"[مسألة قتل أو أتى حدا في الحرم]

مسألة: قال: (ومن قتل، أو أتى حدا في الحرم، أقيم عليه في الحرم.) وجملته أن من انتهك حرمة الحرم، بجناية فيه توجب حدا أو قصاصا فإنه يقام عليه حدها، لا نعلم فيه خلافا. وقد روى الأثرم، بإسناده عن ابن عباس، أنه قال: من أحدث حدثا في الحرم، أقيم عليه ما أحدث فيه من شيء. وقد أمر الله تعالى بقتال من قاتل في الحرم. فقال تعالى: ﴿ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾ [البقرة: ١٩١] . فأباح قتلهم عند قتالهم في الحرم؛ ولأن أهل الحرم يحتاجون إلى الزجر عن ارتكاب المعاصي كغيرهم، حفظا لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم، فلو لم يشرع الحد في حق من ارتكب الحد في الحرم، لتعطلت حدود الله تعالى في حقهم، وفاتت هذه المصالح التي لا بد منها، ولا يجوز الإخلال

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٢/٩

بها؛ ولأن الجاني في الحرم هاتك لحرمته، فلا ينتهض الحرم لتحريم ذمته وصيانته. بمنزلة الجاني في دار الملك، لا يعصم لحرمة الملك، بخلاف الملتجئ إليها بجناية صدرت منه في غيرها.

[فصل حرم مدينة النبي هل يمنع إقامة الحد]

(٧٢٥٠) فصل: فأما حرم مدينة النبي - صلى الله عليه وسلم - فلا يمنع إقامة حد ولا قصاص؛ لأن النص إنما ورد في حرم الله تعالى، وحرم المدينة دونه في الحرمة، فلا يصح قياسه عليه. وكذلك سائر البقاع، لا تمنع من استيفاء حق، ولا إقامة حد؛ لأن أمر الله تعالى باستيفاء الحقوق، وإقامة الحد مطلق في الأمكنة والأزمنة، خرج منها الحرم لمعنى لا يكفي في غيره؛ لأنه محل الأنساك وقبلة المسلمين، وفيه بيت الله المحجوج، وأول بيت وضع للناس، ومقام، إبراهيم، وآيات بينات، فلا يلتحق به سواه، ولا يقاس عليه ما ليس في معناه - والله أعلم -.

[باب القطع في السرقة]

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب، فقول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] . وأما السنة، فروت عائشة، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: قال «تقطع اليد في ربع دينار فصاعدا» . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما هلك من كان قبلكم، بأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه» . متفق عليهما. في أخبار سوى هذين، نذكرها إن شاء الله تعالى في مواضعها، وأجمع المسلمون على وجوب قطع السارق في الجملة.." (١)

"القصة. رواه البخاري.

وفي حديث أنها سرقت قطيفة، فروى الأثرم، بإسناده عن مسعود بن الأسود قال: «لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أعظمنا ذلك، وكانت امرأة من قريش، فجئنا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقلنا: نحن نفديها بأربعين أوقية. قال: تطهر خير لها. فلما سمعنا لين قول رسول الله، أتينا أسامة، فقلنا: كلم لنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.» وذكر الحديث نحو سياق عائشة. وهذا ظاهر في أن القصة واحدة، وأنها سرقت فقطعت بسرقتها، وإنما عرفتها عائشة بجحدها للعارية؛ لكونها مشهورة بذلك، ولا يلزم أن يكون ذلك سببا، كما لو عرفتها بصفة من صفاتها، وفيما ذكرنا

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٠٣

جمع بين الأحاديث، وموافقة لظاهر الأحاديث وال قياس وفقهاء الأمصار، فيكون أولى. فأما جاحد الوديعة وغيرها من الأمانات، فلا نعلم أحدا يقول بوجوب القطع عليه.

الشرط الثاني: أن يكون الم سروق نصابا، ولا قطع في القليل، في قول الفقهاء كلهم، إلا الحسن، وداود، وابن بنت الشافعي، والخوارج، قالوا: يقطع في القليل والكثير؛ لعموم الآية، ولما روى أبو هريرة – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لعن الله السارق، يسرق الحبل فتقطع يده، ويسرق البيضة فتقطع يده» . متفق عليه. ولأنه سارق من حرز، فتقطع يده، كسارق الكثير.

ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا» . متفق عليه. وإجماع الصحابة على ما سنذكره. وهذا يخص عموم الآية، والحبل يحتمل أن يساوي ذلك، وكذلك البيضة، يحتمل أن يراد بها بيضة السلاح، وهي تساوي ذلك. واختلفت الرواية عن أحمد في قدر النصاب الذي يجب القطع بسرقته، فروى عنه أبو إسحاق الجوزجاني، أنه ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة دراهم من الورق، أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما. وهذا قول مالك، وإسحاق. وروى عنه الأثرم، أنه إن سرق من غير الذهب والفضة، ما قيمته ربع دينار، أو ثلاثة دراهم قطع. فعلى هذا يقوم غير الأثمان بأدنى الأمرين، من ربع دينار، أو ثلاثة دراهم.

وعنه، أن الأصل الورق، ويقوم الذهب به، فإن نقص ربع دينار عن ثلاثة دراهم، لم يقطع سارقه.." (١)

"منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المجن، ففيه القطع» . رواه أبو داود، وغيره. وروي أن عثمان – رضي الله عنه – أتي برجل قد سرق أترجة، فأمر بها عثمان فأقيمت، فبلغت قيمتها ربع دينار، فأمر به عثمان فقطع. رواه سعيد. ولأن هذا مال يتمول في العادة، ويرغب فيه، فيقطع سارقه إذا اجتمعت الشروط، كالمجفف؛ ولأن ما وجب القطع في معموله، وجب فيه قبل العمل، كالذهب، والفضة، وحديثهم أراد به الثمر المعلق؛ بدليل حديثنا، فإنه مفسر له، وتشبيهه بغير المحرز لا يصح؛ لأن غير المحرز مضيع، وهذا محفوظ، ولهذا افترق سائر الأموال بالحرز وعدمه. وقولهم: يوجد مباحا في دار الإسلام. ينتقض بالذهب، والفضة، والحديد، والنحاس، وسائر المعادن. والتراب قد سبق القول فيه.

[فصل سرق مصحفا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٠٥

(٧٢٥٦) فصل: فإن سرق مصحفا، فقال أبو بكر، والقاضي: لا قطع فيه. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن المقصود منه ما فيه من كلام الله تعالى، وهو مما لا يجوز أخذ العوض عنه. واختار أبو الخطاب وجوب قطعه، وقال: هو ظاهر كلام أحمد، فإنه سئل عمن سرق كتابا فيه علم لينظر فيه، فقال: كل ما بلغت قيمته ثلاثة دراهم فيه القطع. وهذا قول مالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر؛ لعموم الآية في كل سارق؛ ولأنه متقوم، تبلغ قيمته نصابا، فوجب القطع بسرقته، ككتب الفقه، ولا خلاف بين أصحابنا في وجوب القطع بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية.

فإن كان المصحف محلى بحلية تبلغ نصابا، خرج فيه وجهان، عند من لم ير القطع بسرقة المصحف، أحدهما: لا يقطع. وهذا قياس قول أبي إسحاق بن شاقلا، ومذهب أبي حنيفة؛ لأن الحلي تابعة لما لا يقطع بسرقته، أشبهت ثياب الحر. والثاني: يقطع. وهو قول القاضي؛ لأنه سرق نصابا من الحلي، فوجب قطعه، كما لو سرقه منفردا. وأصل هذين الوجهين من سرق صبيا عليه حلي.

[فصل سرق عينا موقوفة]

(٧٢٥٧) فصل: وإن سرق عينا موقوفة، وجب القطع عليه؛ لأنها مملوكة للموقوف عليه. ويحتمل أن لا يقطع، بناء على الوجه الذي يقول: إن الموقوف لا يملكه الموقوف عليه.

الشرط الرابع: أن يسرق من حرز، ويخرجه منه. وهذا قول أكثر أهل العلم. وهذا مذهب عطاء، والشعبي، وأبي الأسود الدؤلي، وعمر بن عبد العزيز، والزهري، وعمرو بن دينار، والثوري، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. ولا نعلم عن أحد من أهل العلم خلافهم، إلا قولا حكي عن عائشة، والحسن،." [1]

"فإن كان في وقتين متباعدين، أو ليلتين، لم يجب القطع؛ لأن كل واحدة منهما سرقة مفردة لا تبلغ نصابا. وكذلك إن كانا في ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة. وإن تقاربا، وجب قطعه؛ لأنها سرقة واحدة، وإذا بني فعل أحد الشريكين على فعل شريكه، فبناء فعل الواحد بعضه على بعض أولى.

الشرط الخامس والسادس والسابع: كون السارق مكلفا، وثبتت السرقة، ويطالب بها المالك بالمعروف، وتنتفي الشبهات. ويذكر ذلك في مواضعه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١١٠

[مسألة كان المسروق ثمرا أو كثرا]

(٧٢٧٤) مسألة: قال: (إلا أن يكون المسروق ثمرا أو كثرا، فلا قطع فيه) يعني به الثمر في البستان قبل إدخاله الحرز، فهذا لا قطع فيه عند أكثر الفقهاء.

كذلك الكثر المأخوذ من النخل، وهو جمار النخل. روي معنى هذا القول عن ابن عمر. وبه قال عطاء، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور: إن كان من ثمر أو بستان محرز، ففيه القطع. وبه قال ابن المنذر إن لم يصح خبر رافع. قال: ولا أحسبه ثابتا. واحتجا بظاهر الآية، وب قياسه على سائر المحرزات.

ولنا ما روى رافع بن خديج عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا قطع في ثمر ولا كثر» . أخرجه أبو داود، وابن ماجه. وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عن عبد الله بن عمرو، «عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه سئل عن الثمر المعلق، فقال: من أصاب بفيه من ذي حاجة، غير متخذ خبنة، فلا شيء عليه، ومن خرج بشيء منه، فعليه غرامة مثليه والعقوبة، ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المجن، فعليه القطع» . وهذا يخص عموم الآية؛ ولأن البستان ليس بحرز لغير الثمر، فلا يكون حرزا له، كما لو لم يكن محوطا، فأما إن كانت نخلة أو شجرة في دار محرزة، فسرق منها نصابا، ففيه القطع؛ لأنه سرق من حرز - والله أعلم -.

[فصل سرق من الثمر المعلق]

(٧٢٧٥) فصل: وإن سرق من الثمر المعلق، فعليه غرامة مثليه. وبه قال إسحاق؛ للخبر المذكور. وقال أحمد: لا أعلم." (١)

"سببا يدفعه. وقال أكثر الفقهاء: لا يجب فيه أكثر من مثله. قال ابن عبد البر: لا أعلم أحدا من الفقهاء قال بوجوب غرامة مثليه. واعتذر بعض أصحاب الشافعي عن هذا الخبر، بأنه كان حين كانت العقوبة في الأموال، ثم نسخ ذلك.

ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو حجة لا تجوز مخالفته، إلا بمعارضة مثله أو أقوى منه، وهذا الذي اعتذر به هذا القائل دعوى للفسخ بالاحتمال من غير دليل عليه، وهو فاسد بالإجماع، ثم هو فاسد من وجه آخر؛ لقوله: " ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين، فبلغ ثمن المجن، فعليه القطع ". فقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١١٩

بين وجوب القطع مع إيجاب غرامة مثليه، وهذا يبطل ما قاله. وقد احتج أحمد بأن عمر أغرم حاطب بن أبي بلتعة حين انتحر غلمانه ناقة رجل من مزينة، مثلي قيمتها. وروى الأثرم الحديثين في " سننه "، قال أصحابنا: وفي الماشية تسرق من المرعى، من غير أن تكون محرزة، مثلا قيمتها؛ للحديث، وهو ما جاء في سياق حديث عمرو بن شعيب، «أن السائل قال: الشاة الحريسة منهن يا نبي الله؟ قال: ثمنها ومثله معه، والفكاك، وما كان في المراح، ففيه القطع إذا كان ما يأخذه من ذلك ثمن المجن» . وهذا لفظ رواية ابن ماجه. وما عدا هذين لا يغرم بأكثر من قيمته، أو مثله إن كان مثليا. هذا قول أصحابنا وغيرهم، إلا أبا بكر. فإنه ذهب إلى إيجاب غرامة المسروق من غير حرز بمثليه، قياسا على الثمر المعلق وحريسة الجبل، واستدلالا بحديث حاطب.

ولنا أن الأصل وجوب غرامة المثلي بمثله، والمتقوم بقيمته بدليل المتلف والمغصوب، والمنتهب والمختلس، وسائر ما تجب غرامته، خولف في هذين الموضعين للأثر، ففيما عداه يبقى على الأصل.

[مسألة ابتداء قطع السارق]

(٧٢٧٦) مسألة: قال: (وابتداء قطع السارق، أن تقطع يده اليمنى من مفصل الكف، ويحسم، فإن عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب، وحسمت)." (١)

"فأما إن كانت رجله اليسرى شلاء، ويداه صحيحتان، قطعت يده اليمنى؛ لأنه لا يخشى تعدي ضرر القطع إلى غير المقطوع، وعلى قياس هذه المسألة: لو سرق ويده اليسرى مقطوعة، أو شلاء لم يقطع منه شيء؛ لذلك. وأنكر هذا ابن المنذر. وقال أصحاب الرأي: بقولهم هذا خالفوا كتاب الله بغير حجة.

[مسألة الحر والحرة والعبد والأمة في القطع سواء]

(٧٢٨٦) مسألة: قال: (والحر والحرة، والعبد، والأمة، في ذلك سواء) . أما الحر والحرة: فلا خلاف فيهما. وقد نص الله تعالى على الذكر والأنثى بقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] . ولأنهما استويا في سائر الحدود، فكذلك في هذا، وقد قطع النبي - صلى الله عليه وسلم - سارق رداء صفوان، وقطع المخزومية التي سرقت القطيفة.

فأما العبد والأمة: فإن جمهور الفقهاء وأهل الفتوى على أنهما يجب قطعهما بالسرقة، إلا ما حكي عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٢٠

ابن عباس، أنه قال: لا قطع عليهما؛ لأنه حد لا يمكن تنصيفه، فلم يجب في حقهما كالرجم؛ ولأنه حد فلا يساوي العبد فيه الحر كسائر الحدود. ولنا عموم الآية. وروى الأثرم، أن رقيقا لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة، فانتحروها، فأمر كثير بن الصلت أن تقطع أيديهم، ثم قال عمر: والله إني لأراك تجيعهم، ولكن لأغرمنك غرما يشق عليك. ثم قال للمزني: كم ثمن ناقتك؟ قال: أربعمائة درهم. قال عمر: أعطه ثمانمائة درهم.

وروى القاسم بن محمد عن أبيه أن عبدا أقر بالسرقة عند علي، فقطعه. وفي رواية قال: كان عبدا. يعني الذي قطعه علي. رواه الإمام أحمد، بإسناده. وهذه قصص تنتشر ولم تنكر، فتكون إجماعا. وقولهم: لا يمكن تنصيفه. قلنا: ولا يمكن تعطيله، فيجب تكميله، و قياسهم نقلبه عليهم، فنقول: حد فلا يتعطل في حق العبد والأمة، كسائر الحدود، وفارق الرجم، فإن حد الزاني لا يتعطل بتعطيله، بخلاف القطع، فإن حد السرقة يتعطل بتعطيله.

[فصل قطع الآبق بسرقته]

(٧٢٨٧) فصل ويقطع الآبق بسرقته، وغيره. روي ذلك عن ابن عمر، وعمر بن عبد العزيز وبه قال مالك، والشافعي. وقال مروان، وسعيد بن العاص، وأبو حنيفة: لا يقطع؛ لأن قطعه قضاء على سيده، ولا يقضى على الغائب. ولنا عموم الكتاب والسنة، وأنه مكلف سرق نصابا من حرز مثله، فيقطع، كغير الآبق.." (١)

"أو ذهبا، أو فضة، أو جواهر، لم يقطع بأخذ شيء من ذلك؛ لأنه ليس بكفن مشروع، فتركه فيه سفه وتضييع، فلا يكون محرزا، ولا يقطع سارقه.

[فصل هل يفتقر في قطع النباش إلى المطالبة]

(٧٢٩٧) (فصل) : وهل يفتقر في قطع النباش إلى المطالبة؟ يحتمل وجهين؛ أحدهما: يفتقر إلى المطالبة كسائر المسروقات. فعلى هذا المطالب الورثة؛ لأنهم يقومون مقام الميت في حقوقه. وهذا من حقوقه. والثاني: لا يفتقر إلى طلب؛ لأن الطلب في السرقة من الأحياء شرع لئلا يكون المسروق مملوكا للسارق وقد يئس من ذلك هاهنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٢٧

[مسألة القطع في سرقة المحرم أو آلة اللهو]

(٧٢٩٨) مسألة: قال (ولا يقطع في محرم، ولا في آلة لهو) . يعني لا يقطع في سرقة محرم؛ كالخمر، والخنزير، والميتة، ونحوها، سواء سرقه من مسلم أو ذمي. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وحكي عن عطاء أن سارق خمر الذمي يقطع، وإن كان مسلما؛ لأنه مال لهم، أشبه ما لو سرق دراهمهم. ولنا أنها عين محرمة، فلا يقطع بسرقتها، كالخنزير؛ ولأن ما لا يقطع بسرقته من مال المسلم، لا يقطع بسرقته من مال الذمي، كالميتة والدم. وما ذكروه ينتقض بالخنزير، ولا اعتبار به، فإن الاعتبار بحكم الإسلام، وهو يجري عليهم دون أحكامهم. وهكذا الخلاف معه في الصليب إذا بلغت قيمته مع تأليفه نصابا. وأما آلة اللهو كالطنبور، والمزمار، والشبابة، فلا قطع فيه، وإن بلغت قيمته مفصلا نصابا. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال أصحاب الشافعي: إن كانت قيمته بعد زوال تأليفه نصابا، ففيه القطع، وإلا فلا؛ لأنه سرق ما قيمته نصاب، لا شبهة له فيه، من حرز مثله، وهو من أهل القطع، فوجب قطعه، كما لو كان ذهبا مكسورا.

ولنا أنه آلة للمعصية بالإجماع، فلم يقطع بسرقته، كالخمر؛ ولأن له حقا في أخذها لكسرها، فكان ذلك شبهة مانعة من القطع، كاستحقاقه مال ولده. فإن كانت عليه حلية تبلغ نصابا، فلا قطع فيه أيضا، في قياس قول أبي بكر؛ لأنه متصل بما لا قطع فيه، فأشبه الخشب والأوتار. وقال القاضي: فيه القطع. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه سرق نصابا من حرزه، فأشبه المنفرد.." (١)

"يخفى يبطل شهادتهما، ففيما يظهر أولى.

ويحتمل أن أحدهما ظن المسروق ذكرا، وظنه الآخر أنثى، وقد أوجب هذا رد شهادتهما، فكذلك هاهنا.

الثاني: الاعتراف، ويشترط فيه أن يعترف مرتين روي ذلك عن علي - رضي الله عنه -. وبه قال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، وزفر، وابن شبرمة. وقال عطاء، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، ومحمد بن الحسن: يقطع باعتراف مرة؛ لأنه حق يثبت بالإقرار، فلم يعتبر فيه التكرار، كحق الآدمي. ولنا ما روى أبو داود، بإسناده عن أبي أمية المخزومي «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي بلص قد اعترف، فقال له: ما إخالك سرقت. قال: بلى. فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا، فأمر به، فقطع» . ولو وجب القطع بأول مرة، لما أخره. وروى سعيد، عن هشيم، وسفيان، وأبي الأحوص، وأبي معاوية عن الأعمش، عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه، قال شهدت عليا، وأتاه رجل، فأقر بالسرقة، فرده، وفي لفظ: فانتهره. وفي لفظ: فسكت عنه. وقال غير هؤلاء: فطرده. ثم عاد بعد ذلك، فأقر، فقال له علي: شهدت على نفسك مرتين. فأمر به،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٣٢

فقطع، وفي لفظ: قد أقررت على نفسك مرتين. ومثل هذا يشتهر، فلم ينكر.
ولأنه يتضمن إتلافا في حد، فكان من شرطه التكرار، كحد الزنا. ولأنه أحد حجتي القطع، فيعتبر فيه التكرار، كالشهادة. و قياسهم ينتقض بحد الزنا عند من اعتبر التكرار، ويفارق حق الآدمي؛ لأن حقه مبني على الشح، والتضييق، ولا يقبل رجوعه عنه، بخلاف مسألتنا. (٧٣١٠) فصل: ويعتبر أن يذكر في إقراره شروط السرقة، من النصاب والحرز، وإخراجه منه (٧٣١١) فصل: والحر والعبد في هذا سواء. نص عليه أحمد؛ وذلك لعموم النص فيهما، ولما روى الأعمش، عن القاسم، عن أبيه،: أن عليا قطع عبدا أقر عنده بالسرقة.
وفي رواية قال: كان عبدا. يعني الذي قطعه علي. ويعتبر أن يقر مرتين. وروى مهنا، عن أحمد: إذا أقر العبد أربع مرات أنه سرق، قطع. وظاهر هذا أنه اعتبر إقراره أربع مرات، ليكون على النصف من الحر. والأول أصح؛ لخبر علي؛ ولأنه إقرار بحد، فاستوى في عدده الحر والعبد، كسائر الحدود.

[مسألة رجع السارق عن إقراره قبل القطع]
(٧٣١٢) مسألة: قال: (ولا ينزع عن إقراره حتى يقطع)." [١]
"لأن ذلك إسقاط حق وجب لله تعالى، وقد غضب النبي - صلى الله عليه وسلم - حين شفع أسامة في المخزومية التي سرقت وقال: «أتشفع في حد من حدود الله تعالى» وقال ابن عمر: من حالت شفاعته دون حد من حدود الله، فقد ضاد الله في حكمه.

[مسألة اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم]
(٧٣١٤) مسألة؛ قال: (وإذا اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم، قطعوا) وبهذا قال مالك، وأبو ثور. وقال الثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق: لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا؛ لأن كل واحد لم يسرق نصابا، فلم يجب عليه قطع، كما لو انفرد بدون النصاب. وهذا القول أحب إلي؛ لأن القطع هاهنا لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه، فلا يجب، والاحتياط بإسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه؛ لأنه مما يدرأ بالشبهات واحتج أصحابنا بأن النصاب أحد شرطي القطع، فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد، قياسا على هتك الحرز؛ ولأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع،

---
(١) المغني لابن قدامة ٩/١٣٨

فاستوى فيه الواحد والجماعة، كالقصاص، ولم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلا يشترك الجماعة في حمله، وبين أن يخرج كل واحد منه جزءا، ونص أحمد على هذا.

وقال مالك: إن انفرد كل واحد بجزء منه، لم يقطع واحد منهم، كما لو انفرد كل واحد من قاطعي اليد بقطع جزء منها، لم يجب القصاص. ولنا أنهم اشتركوا في هتك الحرز، وإخراج النصاب، فلزمهم القطع، كما لو كان ثقيلا فحملوه، وفارق القصاص، فإنه تعتمد المماثلة، ولا توجد المماثلة إلا أن توجد أفعالهم في جميع أجزاء اليد، وفي مسألتنا القصد الزجر من غير اعتبار مماثلة، والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال، وسواء دخلا الحرز معا، أو دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب، ثم دخل الآخر فأخرج باقيه؛ لأنهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج النصاب، فلزمهما القطع، كما لو حملاه معا.

[فصل كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه]

(٧٣١٥) فصل: فإن كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه، كأبي المسروق منه، قطع شريكه، في أحد الوجهين، كما لو شاركه في قطع يد ابنه. والثاني: لا يقطع. وهو أصح؛ لأن سرقتهما جميعا صارت علة لقطعهما، وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع؛ لأنه أخذ ما له أخذه، بخلاف قطع يد ابنه، فإن الفعل تمحض عدوانا، وإنما سقط القصاص لفضيلة الأب، لا لمعنى في فعله، وها هنا فعله قد تمكنت الشبهة منه فوجب أن لا يجب القطع به، كاشتراك العامد والخاطئ. وإن أخرج كل واحد منهما نصابا، وجب القطع على شريك الأب؛ لأنه انفرد بما يوجب." [1]

"القطع. وإن أخرج الأب نصابا، وشريكه دون النصاب، ففيه الوجهان.

وإن اعترف اثنان بسرقة نصاب، ثم رجع أحدهما، فالقطع على الآخر؛ لأنه اختص بالإسقاط فيختص بالسقوط. ويحتمل أن يسقط عن شريكه؛ لأن السبب السرقة منهما، وقد اختل أحد جزأيها. وكذلك لو أقر بمشاركة آخر في سرقة نصاب، ولم يقر الآخر ففي القطع وجهان.

[فصل اشترك رجلان في إخراج نصاب السرقة من الدار]

(٧٣١٦) فصل: قال أحمد، في رجلين دخلا دارا، أحدهما في سفلها جمع المتاع وشده بحبل، والآخر في علوها مد الحبل فرمى به وراء الدار، فالقطع عليهما؛ لأنهما اشتركا في إخراجه. وإن دخلا جميعا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٤٠

فأخرج أحدهما المتاع وحده، فقال أصحابنا: القطع عليهما. وبه قال أبو حنيفة وصاحباه، إذا أخرج نصابين. وقال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: القطع على المخرج وحده؛ لأنه هو السارق.
وإن أخرج أحدهما دون النصاب، والآخر أكثر من نصاب فتما نصابين. فعند أصحابنا وأبي حنيفة وصاحبيه: يجب القطع عليهما. وعند الشافعي وموافقيه: لا قطع على من لم يخرج نصابا. وإن أخرج أحدهما نصابا، والآخر دون النصاب، فعند أصحابنا عليهما القطع. وعند الشافعي: القطع على مخرج النصاب وحده. وعند أبي حنيفة: لا قطع على واحد منهما؛ لأن المخرج لم يبلغ نصبا بعدد السارقين. وقد ذكرنا وجه ما قلنا فيما تقدم.

وإن نقبا حرزا، ودخل أحدهما، فقرب المتاع من النقب، وأدخل الخارج يده فأخرجه، فقال أصحابنا: قياس قول أحمد، أن القطع عليهما. وقال الشافعي: القطع على الخارج؛ لأنه مخرج المتاع. وقال أبو حنيفة: لا قطع على واحد منهما. ولنا أنهما اشتركا في هتك الحرز، وإخراج المتاع، فلزمهما القطع، كما لو حملاه معا فأخرجاه. وإن وضعه في النقب، فمد الآخر يده فأخذه، فالقطع عليهما. ونقل عن الشافعي في هذه المسألة قولان، كالمذهبين في الصورة التي قبلها.

[فصل نقب أحدهما وحده ودخل الآخر وحده فأخرج المتاع]
(٧٣١٧) فصل: وإن نقب أحدهما وحده، ودخل الآخر وحده، فأخرج المتاع، فلا قطع على واحد منهما؛ لأن الأول لم يسرق، والثاني لم يهتك الحرز، وإنما سرق من حرز هتكه غيره، فأشبه ما لو نقب رجل وانصرف، وجاء آخر فصادف الحرز مهتوكا فسرق منه. وإن نقب رجل، وأمر غيره فأخرج المتاع، فلا قطع أيضا على واحد منهما. وإن كان المأمور صبيا مميزا؛ لأن المميز له اختيار فلا يكون آلة للآمر، كما لو أمره بقتل إنسان فقتله، وإن كان غير مميز، وجب القطع على الآمر؛ لأنه آلته.
وإن اشترك رجلان في النقب، ودخل أحدهما فأخرج المتاع وحده، أو أخذه وناوله للآخر خارجا من الحرز، أو رمى به إلى خارج الحرز، فأخذه الآخر، فالقطع على الداخل وحده؛ لأنه مخرج المتاع وحده مع المشاركة في النقب. وبهذا قال الشافعي." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٤١

"يمنى يديه، ولم يقطع غير ذلك. وجها واحدا. وهو مذهب الشافعي. ولا نعلم فيه خلافا؛ لأنه وجد في محل الحد ما يستوفى، فاكتفي باستيفائه، كما لو كانت اليد ناقصة، بخلاف التي قبلها. وإن كان ما وجب قطعه أشل، فذكر أهل الطب أن قطعه يفضي إلى تلفه، لم يقطع، وكان حكمه حكم المعدوم. وإن قالوا: لا يفضي إلى تلفه. ففي قطعه روايتان. ذكرناهما في قطع السارق. الحال الرابع، إذا أخافوا السبيل، ولم يقتلوا، ولم يأخذوا مالا. الحال الخامس، إذا تابوا قبل القدرة عليهم. ويأتي ذكر حكمهما، إن شاء الله تعالى.

[مسألة قطع يد قطاع الطريق]

(٧٣٢٥) مسألة: قال: (ولا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق في مثله) وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وابن المنذر وقال مالك، وأبو ثور: للإمام أن يحكم عليه حكم المحارب؛ لأنه محارب لله ولرسوله، ساع في الأرض بالفساد، فيدخل في عموم الآية؛ ولأنه لا يعتبر الحرز، فكذلك النصاب. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا قطع إلا في ربع دينار» . ولم يفصل؛ ولأن هذه جناية تعلقت بها عقوبة في حق غير المحارب، فلا تتغلظ في المحارب بأكثر من وجه واحد، كالقتل يغلظ بالانحتام، كذلك هاهنا تتغلظ بقطع الرجل معها، ولا تتغلظ بما دون النصاب. وأما الحرز فهو معتبر، فإنهم لو أخذوا مالا مضيعا لا حافظ له، لم يجب القطع.

وإن أخذوا ما يبلغ نصابا ولا تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا، قطعوا، على قياس قولنا في السرقة. و قياس قول الشافعي، وأصحاب الرأي، أنه لا يجب القطع حتى تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا. ويشترط أيضا أن لا تكون لهم شبهة فيما يأخذونه من المال، على ما ذكرنا في المسروق.

[مسألة نفي قطاع الطريق]

(٧٣٢٦) مسألة: قال: (ونفيهم أن يشردوا، فلا يتركوا يأوون في بلد) وجملته أن المحاربين إذا أخافوا السبيل، ولم يقتلوا، ولم يأخذوا مالا، فإنهم ينفون من الأرض؛ لقول الله تعالى: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة: ٣٣] ويروى عن ابن عباس، أن النفي يكون في هذه الحالة، وهو قول النخعي، وقتادة، وعطاء

الخراساني. والنفي هو تشريدهم عن الأمصار والبلدان، فلا يتركون يأوون بلدا. ويروى نحو هذا عن الحسن والزهري. وعن ابن عباس: أنه ينفى من بلده إلى بلد غيره، كنفي الزاني. وبه قال طائفة من أهل العلم.." (١)

"وقال: حدثنا هشيم، أخبرنا حجاج، عن إبراهيم، والشعبي، وعطاء أنهم قالوا مثل ذلك وهذه أقوال انتشرت في عصر الصحابة والتابعين، ولم يظهر لها مخالف، فكانت إجماعا؛ ولأنها حدود لله تعالى فيها قتل، فسقط ما دونه، كالمحارب إذا قتل وأخذ المال، فإنه يكتفى بقتله، ولا يقطع؛ ولأن هذه الحدود تراد لمجرد الزجر، ومع القتل لا حاجة إلى زجره، ولا فائدة فيه، فلا يشرع. ويفارق القصاص؛ فإن فيه غرض التشفي والانتقام، ولا يقصد منه مجرد الزجر، إذا ثبت هذا فإنه إذا وجد ما يوجب الرجم والقتل للمحاربة، أو القتل للردة، أو لترك الصلاة، فينبغي أن يقتل للمحاربة، ويسقط الرجم؛ لأن في القتل للمحاربة حق آدمي في القصاص، وإنما أثرت المحاربة في تحريمه، وحق الآدمي يجب تقديمه.

النوع الثاني: أن لا يكون فيها قتل، فإن جميعها يستوفى من غير خلاف نعلمه، ويبدأ بالأخف فالأخف، فإذا شرب وزنى وسرق، حد للشرب أولا، ثم حد للزنا، ثم قطع للسرقة. وإن أخذ المال في المحاربة، قطع لذلك، ويدخل فيه القطع للسرقة؛ ولأن محل القطعين واحد، فتداخلا، كالقتلين. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يتخير بين البداءة بحد الزنا وقطع السرقة؛ لأن كل واحد منهما ثبت بنص القرآن، ثم يحد للشرب. ولنا أن حد الشرب أخف، فيقدم، كحد القذف، ولا نسلم أن حد الشرب غير منصوص عليه، في السنة، ومجمع على وجوبه، وهذا التقديم على سبيل الاستحباب. ولو بدأ بغيره، جاز ووقع الموقع. ولا يوالي بين هذه الحدود؛ لأنه ربما أفضى إلى تلفه، بل متى برئ من حد أقيم الذي يليه.

القسم الثاني: الحدود الخالصة للآدمي، وهو القصاص، وحد القذف، فهذه تستوفى كلها، ويبدأ بأخفها، فيحد للقذف، ثم يقطع، ثم يقتل؛ لأنها حقوق للآدميين أمكن استيفاؤها، فوجب، كسائر حقوقهم. وهذا قول الأوزاعي والشافعي. وقال أبو حنيفة: يدخل ما دون القتل فيه، احتجاجا بقول ابن مسعود، و قياسا على الحدود الخالصة لله تعالى. ولنا أن ما دون القتل حق لآدمي، فلم يسقط به كذنوبهم، وفارق حق الله تعالى، فإنه مبني على المسامحة.

القسم الثالث: أن تجتمع حدود الله وحدود الآدميين، وهذه ثلاثة أنواع؛ أحدهما: أن لا يكون فيها قتل،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٥٠

فهذه تستوفى كلها. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وعن مالك أن حدي الشرب والقذف يتداخلان، لاستوائهما، فهما كالقتلين والقطعين. ولنا أنهما حدان من جنسين، لا يفوت بهما المحل، فلم يتداخلا، كحد الزنا والشرب، ولا نسلم استواءهما." (١)

"أحدهما: نصف الدية؛ لأنه تلف من فعلين؛ مضمون، وغير مضمون، فكان عليه نصف الضمان. والثاني: تقسط الدية على عدد الضربات كلها، فيجب من الدية بقدر زيادته على الأربعين. وروي عن علي – رضي الله عنه – أنه قال: ما كنت لأقيم حدا على أحد فيموت، فأجد في نفسي منه شيئا، إلا صاحب الخمر، ولو مات وديته؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يسنه لنا.

ولنا أنه حد وجب لله، فلم يجب ضمان من مات به، كسائر الحدود، وما زاد على الأربعين قد ذكرنا أنه من الحد، وإن كان تعزيرا، فالتعزير يجب، فهو بمنزلة الحد. وأما حديث علي، فقد صح عنه أنه قال: «جلد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أربعين وأبو بكر أربعين» وثبت الحد بالإجماع، فلم تبق فيه شبهة.

(٧٣٤٩) فصل: ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في سائر الحدود، أنه إذا أتي بها على الوجه المشروع، من غير زيادة، أنه لا يضمن من تلف بها؛ وذلك لأنه فعلها بأمر الله. وأمر رسوله، فلا يؤاخذ به؛ ولأنه نائب عن الله تعالى، فكان التلف منسوبا إلى الله تعالى. وإن زاد على الحد فتلف، وجب الضمان، بغير خلاف نعلمه؛ لأنه تلف بعدوانه، فأشبه ما لو ضربه في غير الحد.

قال أبو بكر: وفي قدر الضمان قولان؛ أحدهما: كمال الدية؛ لأنه قتل حصل من جهة الله وعدوان الضارب، فكان الضمان على العادي، كما لو ضرب مريضا سوطا فمات به؛ ولأنه تلف بعدوان وغيره، فأشبه ما لو ألقى على سفينة موقرة حجرا فغرقها. والثاني: عليه نصف الضمان؛ لأنه تلف بفعل مضمون وغير مضمون، فكان الواجب نصف الدية، كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي في أحد قوليه. وقال في الآخر: يجب من الدية بقسط ما تعدى به، تقسط الدية على الأسواط كلها، وسواء زاد خطأ أو عمدا؛ لأن الضمان يجب في الخطإ والعمد، ثم ينظر؛ فإن كان الجلاد زاده من عند نفسه بغير أمر، فالضمان على عاقلته؛ لأن العدوان منه، وكذلك إن قال الإمام له: اضرب ما شئت. فالضمان على عاقلته. وإن كان له من يعد عليه، فزاد في العدد، ولم يخبره، فالضمان على من يعد، سواء تعمد ذلك، أو أخطأ في العدد؛ لأن الخطأ منه.

وإن أمره الإمام بالزيادة على الحد، فزاد، فقال القاضي: الضمان على الإمام. و قياس المذهب أنه إن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٥٥

اعتقد وجوب طاعة الإمام، وجهل تحريم الزيادة، فالضمان على الإمام، وإن كان عالما بذلك، فالضمان عليه، كما لو أمره الإمام بقتل رجل ظلما فقتله. وكل موضع قلنا: يضمن الإمام. فهل يلزم عاقلته أو بيت المال؟ فيه روايتان؛ إحداهما: هو في بيت المال؛ لأن خطأه يكثر، فلو وجب ضمانه على عاقلته، أجحف بهم. قال القاضي: هذا أصح. والثانية: هو على عاقلته؛ لأنها وجبت بخطئه، فكانت على عاقلته، كما لو رمى صيدا فقتل آدميا. ويحتمل أن تكون الروايتان إنما هما فيما إذا وقعت الزيادة منه خطأ، أما إذا تعمده،، فهذا ظلم قصده، فلا وجه لتعلق ضمانه ببيت المال بحال، كما لو تعمد جلد من لا حد عليه.
وأما الكفارة التي تلزم الإمام، فلا يحملها عنه غيره؛ لأنها عبادة، فلا تتعلق بغير من وجد منه سببها؛ ولأنها كفارة لفعله، فلا تحصل إلا بتحمله إياها، ولهذا لا يدخلها التحمل بحال.

[فصل لا يقام الحد على السكران حتى يصحو]
(٧٣٥٠) فصل: ولا يقام الحد على السكران حتى يصحو. روي هذا عن عمر بن عبد العزيز، والشعبي. وبه قال الثوري، وأبو حنيفة، والشافعي؛ لأن المقصود الزجر والتنكيل، وحصوله بإقامة الحد عليه في صحوه أتم، فينبغي أن يؤخر إليه.

[فصل حد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ]
(٧٣٥١) فصل: وحد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ، ويختلف معه في وقوع طلاقه، ويمنع صحة الصلاة منه، هو الذي يجعله يخلط في كلامه ما لم يكن قبل الشرب، ويغيره عن حال صحوه، ويغلب على عقله." (١)

"[مسألة كيفية وصفة إقامة الحد على المحدود] [المسألة الأولى أن الرجل يضرب الحد قائما]
(٧٣٥٢) مسألة: قال (ويضرب الرجل في سائر الحدود قائما بسوط لا خلق ولا جديد، ولا يمد، ولا يربط، ويتقى وجهه) . وقوله: في سائر الحدود. يعني جميع الحدود التي فيها الضرب، وفي هذه المسألة ثلاث مسائل: (٧٣٥٣) المسألة الأولى: أن الرجل يضرب قائما. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: يضرب جالسا. رواه حنبل، عن أحمد؛ لأن الله تعالى لم يأمر بالقيام؛ ولأنه مجلود في حد، فأشبه المرأة. ولنا قول علي - رضي الله عنه -: لكل موضع في الجسد حظ - يعني في الحد - إلا الوجه والفرج. وقال

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٦٥

للجلاد: اضرب، وأوجع، واتق الرأس والوجه. ولأن قيامه وسيلة إلى إعطاء كل عضو حظه من الضرب، وقوله: إن الله لم يأمر بالقيام. قلنا: ولم يأمر بالجلوس، ولم يذكر الكيفية، فعلمناها من دليل آخر، ولا يصح قياس الرجل على المرأة في ہذا؛ لأن المرأة يقصد سترها، ويخشى هتكها. إذا ثبت هذا، فإن الضرب يفرق على جميع جسده؛ ليأخذ كل عضو منه حصته، ويكثر منه في مواضع اللحم، كالأليتين والفخذين، ويتقي المقاتل، وهي الرأس والوجه والفرج، من الرجل والمرأة جميعا. وقال مالك: يضرب الظهر، وما يقاربه. وقال أبو يوسف: يضرب الرأس أيضا؛ لأن عليا لم يستثنه.

ولنا على مالك قول علي؛ ولأن ما عدا الأعضاء الثلاثة ليس بمقتل، فأشبهت الظهر. وعلى أبي يوسف، أن الرأس مقتل، فأشبه الوجه؛ ولأنه ربما ضربه في رأسه، فذهب بسمعه وبصره وعقله، أو قتله، والمقصود أدبه لا قتله.

وقولهم: لم يستثنه علي ممنوع فقد ذكرنا عنه، أنه قال: اتق الرأس والوجه، ولو لم يذكره صريحا، فقد ذكره دلالة؛ لأنه في معنى ما استثناه، فيقاس عليه.

[المسألة الثانية صفة جلد الحدود]

(٧٣٥٤) المسألة الثانية: أنه لا يمد، ولا يربط. ولا نعلم عنهم في هذا خلافا. قال ابن مسعود: ليس في ديننا مد، ولا قيد، ولا تجريد. وجلد أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد. ولا تنزع عنه ثيابه، بل يكون عليه الثوب والثوبان. وإن كان عليه فرو أوجبة محشوة، نزعت عنه؛ لأنه لو ترك عليه ذلك لم يبال بالضرب. قال أحمد: لو تركت عليه ثياب الشتاء ما بالى بالضرب. وقال مالك: يجرد؛ لأن الأمر بجلده يقتضي مباشرة جسمه. ولنا قول ابن مسعود، ولم نعلم عن أحد من الصحابة خلافه، والله تعالى لم يأمر بتجريده، إنما أمر بجلده، ومن جلد من فوق الثوب فقد جلد.." [١]

"العلماء، فإذا جاء حديث شاذ يخالف ذلك، لم يعرج عليه، وإن صح ذلك حمل على التنزية.

[فصل استعمال الحلية لحمائل السيف من الذهب]

(٧٣٧٢) فصل: قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: الحلية لحمائل السيف؟ فسهل فيها، وقال: قد روي، سيف محلى. ولأنه من حلية السيف، فأشبه القبيعة. ولذلك يخرج في حلية الدرع والمغفر والخوذة والخف والران؛

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٧/٩

ولأنه في معناه. وقيل: لأبي عبد الله: حلقة المرآة فضة، ورأس المكحلة فضة، وما أشبه هذا؟ . قال: كل شيء يستعمل مثل حلقة المرآة، فأنا أكرهه؛ لأنه يستعمله، فإن المرآة ترفع بحلقتها. ثم قال: إنما هذا تأويل تأولته أنا.

(٧٣٧٣) فصل: ولا يباح شيء من ذلك إذا كان ذهبا، إلا أنه قد روي أنه تباح قبيعة السيف. قال أحمد: قد روي أنه كان لعمر سيف فيه سبائك من ذهب. وروى الترمذي بإسناده عن مزيدة العصري، قال «دخل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم الفتح وعلى سيفه ذهب وفضة.» وقال: هذا حديث غريب.

ولا يباح الذهب في غير هذا إلا لضرورة، كأنف الذهب، وما ربط به أسنانه، إذا تحركت. وقال أبو بكر: يباح يسير الذهب، قياسا له على الفضة؛ لكونه أحد الثمنين، فأشبه الآخر. وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع.

[مسألة لا يبلغ بالتعزير الحد]

(٧٣٧٤) مسألة: قال: (ولا يبلغ بالتعزير الحد) التعزير: هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها، كوطء الشريك الجارية المشتركة، أو أمته المزوجة، أو جارية ابنه، أو وطء امرأته في دبرها أو حيضها، أو وطء أجنبية دون الفرج، أو سرقة ما دون النصاب، أو من غير حرز، أو النهب، أو الغصب، أو الاختلاس، أو الجناية على إنسان بما لا يوجب حدا ولا قصاصا ولا دية، أو شتمه بما ليس بقذف. ونحو ذلك يسمى تعزيرا؛ لأنه منع من الجناية. والأصل في التعزير المنع، ومنه التعزير بمعنى النصرة؛ لأنه منع لعدوه من أذاه. واختلف عن أحمد في قدره، فروي عنه أنه لا يزاد على عشر جلدات، نص أحمد على هذا في مواضع.." (١)

"ولنا أن ما كان من التعزير منصوصا عليه، كوطء جارية امرأته، أو جارية مشتركة، فيجب امتثال الأمر فيه، وما لم يكن منصوصا عليه، إذا رأى الإمام المصلحة فيه، أو علم أنه لا ينزجر إلا به، وجب؛ لأنه زجر مشروع لحق الله تعالى، فوجب، كالحد.

[فصل مات من التعزير]

(٧٣٧٧) فصل: وإذا مات من التعزير لم يجب ضمانه. وبهذا قال مالك، وأبو حنيفة. وقال الشافعي: يضمنه؛ لقول علي: ليس أحد أقيم عليه الحد، فيموت، فأجد في نفسي شيئا إن الحق قتله، إلا حد الخمر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٧٦

فإن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لم يسنه لنا وأشار على عمر بضمان التي أجهضت جنينها حين أرسل إليها. ولنا أنها عقوبة مشروعة للردع، والزجر، فلم يضمن من تلف بها، كالحد. وأما قول علي في دية من قتله حد الخمر، فقد خالفه غيره من الصحابة، فلم يوجبوا شيئا به، ولم يعمل به الشافعي ولا غيره من الفقهاء، فكيف يحتج به مع ترك الجميع له.

وأما قوله في الجنين، فلا حجة لهم فيه، فإن الجنين الذي تلف لا جناية منه، ولا تعزير عليه، فكيف يسقط ضمانه؟ ولو أن الإمام حد حاملا، فأتلف جنينها، ضمنه، مع أن الحد متفق عليه بيننا، على أنه لا يجب ضمان المحدود إذا أتلف به.

[فصل ليس على الزوج ضمان الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع في النشوز]

(٧٣٧٨) فصل: وليس على الزوج ضمان الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع في النشوز، ولا على المعلم إذا أدب صبيه الأدب المشروع. وبه قال مالك. وقال الشافعي، وأبو حنيفة: يضمن. ووجه المذهبين ما تقدم في التي قبلها. قال الخلال: إذا ضرب المعلم ثلاثا، كما قال التابعون وفقهاء الأمصار، وكان ذلك ثلاثا، فليس بضامن، وإن ضربه ضربا شديدا، مثله لا يكون أدبا للصبي، ضمن؛ لأنه قد تعدى في الضرب. قال القاضي: وكذلك يجيء على قياس قول أصحابنا: إذا ضرب الأب أو الجد الصبي تأديبا فهلك، أو الحاكم أو أمينه، أو الوصي ع‍دبه تأديبا، فلا ضمان عليهم، كالمعلم.

[فصل قطع طرفا من إنسان فيه أكلة أو سلعة بأذنه وهو كبير عاقل]

(٧٣٧٩) فصل: وإن قطع طرفا من إنسان فيه أكلة، أو سلعة بأذنه، وهو كبير عاقل، فلا ضمان عليه، وإن قطعه مكرها، فالقطع وسرايته مضمون بالقصاص، سواء كان القاطع إماما أو غيره؛ لأن هذه جراحة تؤدي إلى التلف، والأكلة إن كان بقاؤها مخوفا، فقطعها مخوف، وإن كان من قطعت منه صبيا أو مجنونا، وقطعها أجنبي، فعليه القصاص؛ لأنه لا ولاية له عليه، وإن قطعها وليه، وهو الأب، أو وصيه، أو الحاكم، أو أمينه المتولي عليه." (١)

"ولنا، أنه أمكن إزالة العدوان بغير القتل، فلم يجز القتل، كما لو غصب منه شيئا، فأمكن أخذه بغير القتل. وفعل ابن عمر يحمل على قصد الترهيب، لا على قصد إيقاع الفعل.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٩/٩

فإن لم يخرج بالأمر، فله ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به؛ لأن المقصود دفعه، فإذا اندفع بقليل، فلا حاجة إلى أكثر منه، فإن علم أنه يخرج بالعصا، لم يكن له ضربه بالحديد؛ لأن الحديد آلة للقتل، بخلاف العصا.

وإن ذهب موليا، لم يكن له قتله، ولا اتباعه، كأهل البغي. وإن ضربه ضربة عطلته، لم يكن له أن يثني عليه؛ لأنه كفي شره. وإن ضربه فقطع يمينه، فولى مدبرا، فضربه فقطع رجله، فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية؛ لأنه في حال لا يجوز له ضربه، وقطع اليد غير مضمون.

فإن مات من سراية القطع، فعليه نصف الدية، كما لو مات من جراحة اثنين. وإن عاد إليه بعد قطع رجله، فقطع يده الأخرى، فاليدان غير مضمونتين.

وإن مات، فعليه ثلث الدية، كما لو مات من جراحة ثلاثة أنفس. ف قياس المذهب أن يضمن نصف الدية؛ لأن الجرحين قطع رجل واحد، فكان حكمهما واحدا، كما لو جرح رجل رجلا مائة جرح، وجرحه آخر جرحا واحدا، ومات، كانت ديته بينهما نصفين، ولا تقسم الدية على عدد الجراحات، كذا هاهنا. فأما إن لم يمكنه دفعه إلا بالقتل، أو خاف أن يبدره بالقتل إن لم يقتله، فله ضربه بما يقتله، أو يقطع طرفه، وما أتلف منه فهو هدر؛ لأنه تلف لدفع شره، فلم يضمنه، كالباغي، ولأنه اضطر صاحب الدار إلى قتله، فصار كالقاتل لنفسه.

وإن قتل صاحب الدار فهو شهيد؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من أريد ماله بغير حق، فقاتل فقتل، فهو شهيد» . رواه الخلال بإسناده. ولأنه قتل لدفع ظالم، فكان شهيدا، كالعادل إذا قتله الباغي.

[فصل وكل من عرض لإنسان يريد ماله أو نفسه]

(٧٣٨٤) وكل من عرض لإنسان يريد ماله أو نفسه، فحكمه ما ذكرنا في من دخل منزله، في دفعهم بأسهل ما يمكن دفعهم به، فإن كان بينه وبينهم نهر كبير، أو خندق، أو حصن لا يقدرون على اقتحامه، فليس له رميهم، وإن لم يمكن إلا بقتالهم، فله قتالهم وقتلهم.

قال أحمد، في اللصوص يريدون نفسك ومالك: قاتلهم تمنع نفسك ومالك. وقال عطاء، في المحرم يلقى اللصوص، قال: يقاتلهم أشد القتال. وقال ابن سيرين: ما أعلم أحدا ترك قتال الحرورية واللصوص تأثما، إلا أن يجبن. وقال الصلت بن طريف: قلت للحسن: إني أخرج في هذه الوجوه، أخوف شيء عندي يلقاني

المصلون يعرضون لي في مالي، فإن كففت يدي ذهبوا بمالي، وإن قاتلت المصلي ففيه ما قد علمت؟ قال: أي بني، من عرض لك في مالك، فإن قتلته فإلى." [1]

"عليه؛ لأن من دخل المنزل يعلم به، فيستتر منه، بخلاف الناظر من ثقب، فإنه يرى من غير علم به، ثم الخبر أولى من ال قياس. وظاهر كلام أحمد، أنه لا يعتبر في هذا أنه لا يمكنه دفعه إلا بذلك، لظاهر الخبر. وقال ابن حامد: يدفعه بأسهل ما يمكنه دفعه به، فيقول له أولا: انصرف. فإن لم يفعل، أشار إليه يوهمه أنه يحذفه، فإن لم ينصرف، فله حذفه حينئذ.

واتباع السنة أولى (٧٣٩٠) فصل: فأما إن ترك الاطلاع ومضى، لم يجز رميه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يطعن الذي اطلع ثم انصرف، ولأنه ترك الجناية، فأشبه من عض ثم ترك العض، لم يجز قلع أسنانه. وسواء كان المطلع منه صغيرا، كثقب أو شق، أو واسعا، كثقب كبير.

وذكر بعض أصحابنا أن الباب المفتوح كذلك، والأولى أنه لا يجوز حذف من نظر من باب مفتوح؛ لأن التفريط من تارك الباب مفتوحا، والظاهر أن من ترك بابه مفتوحا، أنه يستتر، لعلمه أن الناس ينظرون منه، ويعلم بالناظر فيه، والواقف عليه، فلم يجز رميه، كداخل الدار. وإن اطلع، فرماه صاحب الدار، فقال المطلع: ما تعمدت الاطلاع. لم يضمنه، على ظاهر كلام أحمد؛ لأن الاطلاع قد وجد، والرامي لا يعلم ما في قلبه. وعلى قول ابن حامد، يضمنه؛ لأنه لم يدفعه بما هو أسهل.

وكذلك لو قال: لم أر شيئا حين اطلعت، وإن كان المطلع أعمى، لم يجز رميه؛ لأنه لا يرى شيئا، ولو كان إنسان عريانا في طريق، لم يكن له رمي من نظر إليه؛ لأنه المفرط. وإن كان المطلع في الدار من محارم النساء اللائي فيها، فقال بعض أصحابنا: ليس لصاحب الدار رميه، إلا أن يكن متجردات، فيصرن كالأجانب. وظاهر الخبر أن لصاحب الدار رميه، سواء كان فيها نساء أو لم يكن؛ لأنه لم يذكر أنه كان في الدار التي اطلع فيها على النبي – صلى الله عليه وسلم – نساء.

وقوله: " لو أن امرأ اطلع عليك، بغير إذن، فحذفته ". عام في الدار التي فيها نساء وغيرها.

(٧٣٩١) فصل: وليس لصاحب الدار رمي الناظر بما يقتله ابتداء، فإن رماه بحجر يقتله، أو حديدة ثقيلة، ضمنه بالقصاص؛ لأنه إنما له ما يقلع به العين المبصرة، التي حصل الأذى منها، دون ما يتعدى إلى غيرها، فإن لم يندفع المطلع برميه بالشيء اليسير، جاز رميه بأكثر منه، حتى يأتي ذلك على نفسه. وسواء كان الناظر في الطريق، أو ملك نفسه أو غير ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٨٢

[مسألة قال وما أفسدت البهائم]

(٧٣٩٢) : (وما أفسدت البهائم بالليل من الزرع فهو مضمون على أهلها، وما أفسدت من ذلك نهارا، لم يضمنوه)." [(١)]

"لصاحبها إرسالها بغير حافظ عن الزرع، فإن فعله، فعليه الضمان؛ لتفريطه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي.

[فصل وإن أتلفت البهيمة غير الزرع]

(٧٣٩٤) وإن أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمن مالكها ما أتلفته، ليلا كان أو نهارا، ما لم تكن يده عليها. وحكي عن شريح، أنه قضى في شاة وقعت في غزل حائك ليلا، بالضمان على صاحبها، وقرأ شريح ﴿إذ نفشت فيه غنم القوم﴾ [الأنبياء: ٧٨] . قال: والنفش لا يكون إلا بالليل. وعن الثوري: يضمن، وإن كان نهارا؛ لأنه مفرط بإرسالها.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «العجماء جرحها جبار» . متفق عليه. أي هدر. وأما الآية، فإن النفش هو الرعي بالليل، فكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم طبعا بالرعي، وتدعوها نفسها إلى أكله، بخلاف غيره، فلا يصح قياس غيره عليه.

[فصل ومن اقتنى كلبا عقورا، فأطلقه فعقر إنسانا أو دابة]

(٧٣٩٥) ومن اقتنى كلبا عقورا، فأطلقه، فعقر إنسانا، أو دابة، ليلا أو نهارا، أو خرق ثوب إنسان، فعلى صاحبه ضمان ما أتلفه؛ لأنه مفرط باقتنائه، إلا أن يدخل إنسان داره بغير إذنه، فلا ضمان فيه؛ لأنه متعد بالدخول، متسبب بعدوانه إلى عقر الكلب له. وإن دخل بإذن المالك، فعليه ضمانه؛ لأنه تسبب إلى إتلافه.

وإن أتلف الكلب بغير العقر، مثل أن ولغ في إناء إنسان، أو بال، لم يضمنه مقتنيه؛ لأن هذا لا يختص به الكلب العقور. قال القاضي: وإن اقتنى سنورا يأكل أفراخ الناس، ضمن ما أتلفه، كما يضمن ما أتلفه الكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار وإن لم يكن له عادة بذلك، لم يضمن صاحبه جنايته، كالكلب إذا لم يكن عقورا. ولو أن الكلب العقور أو السنور حصل عند إنسان، من غير اقتنائه ولا اختياره، فأفسد، لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٨٧

يضمنه؛ لأنه لم يحصل الإتلاف بسببه.

[فصل وإن اقتنى حماما أو غيره من الطير فأرسله نهارا فلقط حبا]

(٧٣٩٦) وإن اقتنى حماما أو غيره من الطير، فأرسله نهارا، فلقط حبا، لم يضمنه؛ لأنه كالبهيمة، والعادة إرساله.

[مسألة قال وما جنت الدابة بيدها]

(٧٣٩٧) : (وما جنت الدابة بيدها، ضمن راكبها ما أصابت من نفس، أو جرح، أو مال، وكذلك إن قادها أو ساقها)." (١)

"عائشة: إن كانت المرأة لتجير على المسلمين فيجوز. وعن أم هانئ، أنها قالت: يا رسول الله، إني أجرت أحمائي، وأغلقت عليهم، وإن ابن أمي أراد قتلهم. فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ، إنما يجهر على المسلمين أدناهم» . رواهما سعيد. وأجارت زينب بنت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أبا العاص بن الربيع، فأمضاه رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

(٧٤٧٩) فصل: ويصح أمان الأسير إذا عقده غير مكره؛ لدخوله في عموم الخبر، ولأنه مسلم مكلف مختار، فأشبه غير الأسير.

وكذلك أمان الأجير والتاجر في دار الحرب. وبهذا قال الشافعي. وقال الثوري: لا يصح أمان أحد منهم. ولنا عموم الحديث، وال قياس على غيرهم. فأما الصبي المميز، فقال ابن حامد: فيه روايتان؛ إحداهما، لا يصح أمانه. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه غير مكلف، ولا يلزمه بقوله حكم، فلا يلزم غيره، كالمجنون. والرواية الثانية، يصح أمانه. وهو قول مالك. وقال أبو بكر: يصح أمانه، رواية واحدة. وحمل رواية المنع على غير المميز، واحتج بعموم الحديث، ولأنه مسلم مميز، فصح أمانه، كالبالغ، وفارق المجنون، فإنه لا قول له أصلا.

(٧٤٨٠) فصل: ولا يصح أمان كافر، وإن كان ذميا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ذمة المسلمين واحدة، يسعى بها أدناهم.» فجعل الذمة للمسلمين، فلا تحصل لغيرهم، ولأنه متهم على الإسلام وأهله، فأشبه الحربي. ولا يصح أمان مجنون، ولا طفل، لأن كلامه غير معتبر، ولا يثبت به حكم. ولا يصح

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٨٩

أمان زائل العقل، بنوم أو سكر أو إغماء؛ لذلك، ولأنه لا يعرف المصلحة من غيرها، فأشبه المجنون.
ولا يصح من مكره؛ لأنه قول أكره عليه بغير حق، فلم يصح، كالإقرار. (٧٤٨١) فصل: ويصح أمان الإمام لجميع الكفار وآحادهم؛ لأن ولايته عامة على المسلمين. ويصح أمان الأمير لمن أقيم بإزائه من المشركين، فأما في حق غيرهم، فهو كآحاد المسلمين، لأن ولايته على قتال أولئك دون غيرهم.
ويصح أمان آحاد المسلمين للواحد، والعشرة، والقافلة الصغيرة، والحصن الصغير؛ لأن عمر - رضي الله عنه -." (١)

"أجاز أمان العبد لأهل الحصن الذي ذكرنا حديثه. ولا يصح أمانه لأهل بلدة، ورستاق، وجمع كثير؛ لأن ذلك يفضي إلى تعطيل الجهاد، والافتيات على الإمام. (٧٤٨٢) فصل: ويصح أمان الإمام للأسير بعد الاستيلاء عليه؛ لأن عمر - رضي الله عنه - لما قدم عليه بالهرمزان أسيرا، قال: لا بأس عليك، ثم أراد قتله، فقال له أنس: قد أمنته، فلا سبيل لك عليه. وشهد الزبير بذلك، فعدوه أمانا. رواه سعيد.
ولأن للإمام المن عليه، والأمان دون ذلك. فأما آحاد الرعية، فليس له ذلك. وهذا مذهب الشافعي. وذكر أبو الخطاب، أنه يصح أمانه؛ لأن زينب ابنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أجارت زوجها أبا العاص بن الربيع بعد أسره، فأجاز النبي - صلى الله عليه وسلم - أمانها. وحكي هذا عن الأوزاعي. ولنا، أن أمر الأسير مفوض إلى الإمام، فلم يجز الافتيات عليه فيما يمنعه ذلك، كقتله.
وحديث زينب في أمانها، إنما صح بإجازة النبي - صلى الله عليه وسلم - (٧٤٨٣) فصل: وإذا شهد للأسير اثنان أو أكثر من المسلمين، أنهم أمنوه، قبل، إذا كانوا بصفة الشهود. وقال الشافعي: لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم يشهدون على فعل أنفسهم. ولنا، أنهم عدول من المسلمين، غير متهمين، شهدوا بأمانه، فوجب أن يقبل كما لو شهدوا على غيرهم أنه أمنه.
وما ذكروه لا يصح، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل شهادة المرضعة على فعلها، في حديث عقبة بن الحارث. وإن شهد واحد أني أمنته. فقال القاضي: قياس قول أحمد، أنه يقبل، كما لو قال الحاكم بعد عزله: كنت حكمت لفلان على فلان بحق. قبل قوله. وعلى قول أبي الخطاب: يصح أمانه، فقبل خبره به، كالحاكم في حال ولايته. وهذا قول الأوزاعي. ويحتمل أن لا يقبل؛ لأنه ليس له أن يؤمنه في الحال، فلم يقبل إقراره به، كما لو أقر بحق على غيره. وهذا قول الشافعي، وأبي عبيدة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤٢

[فصل جاء المسلم بمشرك ادعى أنه أسره وادعى الكافر أنه أمنه]

(٧٤٨٤) فصل إذا جاء المسلم بمشرك ادعى أنه أسره، وادعى الكافر أنه أمنه، ففيها ثلاث روايات إحداهن، القول قول المسلم؛ لأن الأصل معه فإن الأصل إباحة دم الحربي، وعدم الأمان.." (١)

"والثانية، القول، قول الأسير؛ لأنه يحتمل صدقه وحقن دمه، فيكون هذا شبهة تمنع من قتله. وهذا اختيار أبي بكر. والثالثة، يرجع إلى قول من ظاهر الحال يدل على صدقه؛ فإن كان الكافر ذا قوة، معه سلاحه، فالظاهر صدقه، وإن كان ضعيفا مسلوبا سلاحه، فالظاهر كذبه، فلا يلتفت إلى قوله.

وقال أصحاب الشافعي: لا يقبل قوله وإن صدقه المسلم؛ لأنه لا يقدر على أمانه، فلا يقبل إقراره به. ولنا أنه كافر، لم يثبت أسره، ولا نازعه فيه منازع، فقبل قوله في الأمان، كالرسول.

[فصل طلب الأمان ليسمع كلام الله]

(٧٤٨٥) فصل ومن طلب الأمان ليسمع كلام الله، ويعرف شرائع الإسلام وجب أن يعطاه، ثم يرد إلى مأمنه. لا نعلم في هذا خلافا. وبه قال قتادة، ومكحول، والأوزاعي، والشافعي. وكتب عمر بن عبد العزيز بذلك إلى الناس؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾ [التوبة: ٦] . قال الأوزاعي: هي إلى يوم القيامة. ويجوز عقد الأمان للرسول والمستأمن؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يؤمن رسل المشركين.

ولما جاءه رسولا مسيلمة، قال: «لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتكما» . ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإننا لو قتلنا رسلهم، لقتلوا رسلنا، فتفوت مصلحة المراسلة. ويجوز عقد الأمان لكل واحد منهما مطلقا ومقيدا بمدة، سواء كانت طويلة أو قصيرة، بخلاف الهدنة، فإنها لا تجوز إلا مقيدة؛ لأن في جوازها مطلقا تركا للجهاد، وهذا بخلافه.

قال القاضي: ويجوز أن يقيموا مدة الهدنة بغير جزية. قال أبو بكر: وهذا ظاهر كلام أحمد؛ لأنه قيل له: قال الأوزاعي: لا يترك المشرك في دار الإسلام إلا أن يسلم أو يؤدي. فقال أحمد إذا أمنته، فهو على ما أمنته. وظاهر هذا أنه خالف قول الأوزاعي. وقال أبو الخطاب: عندي أنه لا يجوز أن يقيم سنة بغير جزية. وهذا قول الأوزاعي، والشافعي؛ لقول الله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] . ووجه الأول، أن هذا كافر أبيح له الإقامة في دار الإسلام، من غير التزام جزية، فلم تلزمه جزية، كالنساء

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٣/٩

والصبيان، ولأن الرسول لو كان ممن لا يجوز أخذ الجزية منه، يستوي في حقه السنة وما دونها، في أن الجزية لا تؤخذ منه في المدتين، فإذا جازت له الإقامة في إحداهما، جازت في الأخرى، قياسا لها عليها.

وقوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩] . أي يلتزمونها، ولم يرد حقيقة الإعطاء، وهذا مخصوص منها بالاتفاق، فإنه يجوز له الإقامة من غير التزام لها، ولأن الآية تخصصت بما دون الحول، فنقيس على المحل المخصوص.." (١)

"يسعى كل واحد منهم في قيمة نفسه ويترك له عشر قيمته.

و قياس مذهبنا أن فيها وجهين، كالتي قبلها.

[فصل لقي علجا فطلب منه الأمان]

(٧٤٩٠) فصل قال أحمد: إذا قال الرجل: كف عني حتى أدلك على كذا. فبعث معه قوم ليدلهم، فامتنع من الدلالة، فلهم ضرب عنقه؛ لأن أمانه بشرط، ولم يوجد. وقال أحمد: إذا لقي علجا، فطلب منه الأمان، فلا يؤمنه؛ لأنه يخاف شره، وإن كانوا سرية، فلهم أمانه. يعني أن السرية لا يخافون من غدر العلج قتلهم، بخلاف الواحد، وإن لقيت السرية أعلاجا، فادعوا أنهم جاءوا مستأمنين، فإن كان معهم سلاح، لم يقبل قولهم؛ لأن حملهم السلاح يدل على محاربتهم، وإن لم يكن معهم سلاح، قبل قولهم؛ لأنه يدل على صدقهم.

[فصل دخل حربي دار الإسلام بغير أمان]

(٧٤٩١) وإذا دخل حربي دار الإسلام بغير أمان، نظرت؛ فإن كان معه متاع يبيعه في دار الإسلام، وقد جرت العادة بدخولهم إلينا تجارا بغير أمان. لم يعرض لهم. وقال أحمد: إذا ركب القوم في البحر، فاستقبلهم فيه تجار مشركون من أرض العدو يريدون بلاد الإسلام، لم يعرضوا لهم، ولم يقاتلوهم، وكل من دخل بلاد المسلمين من أهل الحرب بتجارة، بويع، ولم يسأل عن شيء، وإن لم تكن معه تجارة، فقال: جئت مستأمنا. لم يقبل منه، وكان الإمام مخيرا فيه، ونحو هذا قال الأوزاعي، والشافعي.

وإن كان ممن ضل الطريق، أو حملته الريح في المركب إلينا، فهو لمن أخذه، في إحدى الروايتين، والأخرى،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤٤

يكون فيئا.

[مسألة دخل إلى أرضهم من الغزاة فارسا فنفق فرسه]

(٧٤٩٢) قال: (ومن دخل إلى أرضهم من الغزاة فارسا، فنفق فرسه قبل إحراز الغنيمة، فله سهم راجل، ومن دخل راجلا، فأحرزت الغنيمة وهو فارس، فله سهم الفارس) وجملة ذلك أن الاعتبار في استحقاق السهم بحالة الإحراز، فإن أحرزت الغنيمة وهو راجل، فله سهم راجل، وإن أحرزت وهو فارس، فله سهم الفارس، سواء دخل فارسا أو راجلا. قال أحمد: أنا أرى أن كل من شهد الوقعة على أي حالة كان يعطى؛ إن كان فارسا ففارس، وإن كان راجلا فراجل؛ لأن عمر قال: الغنيمة لمن شهد الوقعة. وبهذا قال الأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور.

ونحوه قال ابن عمر. وقال أبو حنيفة: الاعتبار بدخول دار الحرب، فإن دخل فارسا فله سهم فارس وإن نفق فرسه قبل القتال، وإن دخل راجلا فله سهم الراجل وإن استفاد فرسا فقاتل عليه. وعنه رواية أخرى كقولنا. قال أحمد: كان سليمان بن موسى يعرضهم إذا أدربوا." (١)

"وهذا يدل على ثبوت سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بهذا، وأنه أجمع عليه، فلا يعول على ما خالفه.

فأما حديث مجمع، فيحتمل أنه أراد أعطى الفارس سهمين لفرسه، وأعطى الراجل سهما، يعني صاحبه، فيكون ثلاثة أسهم، على أن حديث ابن عمر أصح منه، وقد وافقه حديث أبي رهم وأخيه، وابن عباس، وهؤلاء أحفظ وأعلم، وابن عمر وأبو رهم وأخوه ممن شهدوا وأخذوا السهمان، وأخبروا عن أنفسهم أنهم أعطوا ذلك، فلا يعارض ذلك بخبر شاذ تعين غلطه، أو حمله على ما يخالف ظاهره، و قياس الفرس على الآدمي غير صحيح؛ لأن أثرها في الحرب أكثر، وكلفتها أعظم، فينبغي أن يكون سهمها أكثر.

[مسألة سهم الفارس وسهم الفرس الهجين]

(٧٤٩٤) قال: (إلا أن يكون فرسه هجينا، فيعطى سهما له، وسهما لفرسه) الهجين: الذي أبوه عربي وأمه برذونة. والمقرف: الذي أبوه برذون وأمه عربية، قالت هند بنت النعمان بن بشير:

وما هند إلا مهرة عربية ... سليلة أفراس تحللها بغل

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤٧

فإن ولدت مهرا كريما فبالحري ... وإن يك أقراف فما أنجب الفحل
وأراد الخرقي بالهجين ها هنا ما عدا العربي، والله أعلم. وقد حكي عن أحمد، أنه قال الهجين البرذون.
واختلفت الرواية عنه في سهمانها، فقال الخلال: تواترت الروايات عن أبي عبد الله في سهام البرذون، أنه سهم واحد. واختاره أبو بكر، والخرقي، وهو قول الحسن. قال الخلال: وروى عنه ثلاثة متيقظون أنه يسهم للبرذون مثل سهم العربي. واختاره الخلال، وبه قال عمر بن عبد العزيز، ومالك، والشافعي، والثوري؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والخيل والبغال﴾ [النحل: ٨] .
وهذه من الخيل، ولأن الرواة رووا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أسهم للفرس سهمين، ولصاحبه سهما. وهذا عام في كل فرس، ولأنه حيوان ذو سهم، فاستوى فيه العربي وغيره، كالآدمي. وحكى أبو بكر، عن أحمد. - رحمه الله -، رواية ثالثة، أن البراذين إن أدركت إدراك العراب، أسهم لها مثل الفرس العربي، وإلا فلا. وهذا قول ابن أبي شيبة، وابن أبي خيثمة، وأبي أيوب، والجوزجاني؛ لأنها من الخيل، وقد عملت عمل العراب، فأعطيت سهما كالعربي.
وحكى القاضي رواية رابعة أنه لا يسهم لها. وهو قول مالك بن عبد الله الخثعمي؛ لأنه حيوان لا يعمل عمل الخيل العراب، فأشبه البغال. ويحتمل أن تكون هذه الرواية فيما لا يقارب العتاق منها؛." (١)

"لما روى الجوزجاني، بإسناده عن أبي موسى، أنه كتب إلى عمر بن الخطاب: إنا وجدنا بالعراق خيلا عراضا دكنا، فما ترى يا أمير المؤمنين في سهمانها؟ فكتب إليه: تلك البراذين، فما قارب العتاق منها، فاجعل له سهما واحدا، وألغ ما سوى ذلك.
ولنا، ما روى سعيد بإسناده عن أبي الأقمر قال: أغارت الخيل على الشام، فأدركت العراب من يومها، وأدركت الكوادن ضحى الغد، وعلى الخيل رجل من همدان، يقال له: المنذر بن أبي حميضة، فقال: لا أجعل الذي أدرك من يومه مثل الذي لم يدرك. ففضل الخيل، فقال عمر: هبلت الوادعي أمه، أمضوها على ما قال. ولم يعرف عن الصحابة خلاف هذا القول. وروى مكحول، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطى الفرس العربي سهمين، وأعطى الهجين سهما. رواه سعيد أيضا، ولأن نفع العربي وأثره في الحرب أفضل، فيكون سهمه أرجح، كتفاضل من يرضخ له. وأما قولهم: إنه من الخيل. قلنا: والخيل في نفسها تتفاضل، فتتفاضل سهمانها. وأما قولهم: إن النبي - صلى الله عليه وسلم - قسم للفرس سهمين، من غير تفريق. قلنا: هذه قضية في عين، لا عموم لها، فيحتمل أنه لم يكن فيها برذون، وهو الظاهر، فإنها من خيل

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤٩

العرب، ولا براذين فيها، ودل على صحة هذا، أنهم لما وجدوا البراذين بالعراق، أشكل عليهم أمرها، وأن عمر فرض لها سهما واحدا، وأمضى ما قال المنذر بن أبي حميضة في تفضيل العراب عليها.

ولو كان النبي – صلى الله عليه وسلم – سوى بينهما، لم يخف ذلك على عمر، ولا خالفه، ولو خالفه لم يسكت الصحابة عن إنكاره عليه، سيما وابنه هو راوي الخبر، فكيف يخفى ذلك عليه، ويحتمل أنه فضل العراب أيضا، فلم يذكره الراوي، لغلبة العراب، وقلة البراذين، ويدل على صحة هذا التأويل، خبر مكحول الذي رويناه، و قياسها على الآدمي لا يصح؛ لأن العربي منهم لا أثر له في الحرب زيادة على غيره بخلاف العربي من الخيل على غيره. والله أعلم.

[مسألة لا يسهم لأكثر من فرسين]

(٧٤٩٥) قال: (ولا يسهم لأكثر من فرسين) . يعني إذا كان مع الرجل خيل، أسهم لفرسين أربعة أسهم، ولصاحبهما سهم، ولم يزد على ذلك، وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: لا يسهم لأكثر من فرس واحد؛ لأنه لا يمكن أن يقاتل على أكثر منها، فلم يسهم لما زاد عليها، كالزائد عن الفرسين.." (١)

"[فصل انفرد بالغنيمة من لا يسهم له]

(٧٥٠٦) فإن انفرد بالغنيمة من لا يسهم له، مثل عبيد دخلوا دار الحرب فغنموا، أو صبيان، أو عبيد وصبيان، أخذ خمسه، وما بقي لهم. ويحتمل أن يقسم بينهم؛ للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم؛ لأنهم تساووا، فأشبهوا الرجال الأحرار. ويحتمل أن يقسم بينهم على ما يراه الإمام من المفاضلة؛ لأنهم لا تجب التسوية بينهم مع غيرهم، فلا تجب مع الانفراد، قياسا لإحدى الحالتين على الأخرى. وإن كان فيهم رجل حر، أعطي سهما، وفضل عليهم، بقدر ما يفضل الأحرار على العبيد والصبيان في غير هذا الموضع، ويقسم الباقي بين من بقي على ما يراه الإمام من التفضيل؛ لأن فيهم من له سهم، بخلاف التي قبلها.

[مسألة يسهم للكافر إذا غزا معنا]

(٧٥٠٧) قال: (ويسهم للكافر، إذا غزا معنا) اختلفت الرواية في الكافر يغزو مع الإمام بإذنه، فروي عن أحمد، أنه يسهم له كالمسلم. وبهذا قال الأوزاعي. والزهري، والثوري، وإسحاق، قال الجوزجاني: هذا مذهب أهل الثغور، وأهل العلم بالصوائف والبعوث. وعن أحمد لا يسهم له.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٥٠

وهو مذهب مالك، والشافعي، وأبي حنيفة؛ لأنه من غير أهل الجهاد، فلم يسهم له، كالعبد، ولكن يرضخ له، كالعبد. ولنا ما روى الزهري، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – استعان بناس من اليهود في حربه، فأسهم لهم. رواه سعيد، في " سننه ". وروي: أن صفوان بن أمية، خرج مع النبي – صلى الله عليه وسلم – يوم خيبر، وهو على شركه، فأسهم له، وأعطاه من سهم المؤلفة، ولأن الكفر نقص في الدين، فلم يمنع استحقاق السهم، كالفسق، وبهذا فارق العبد؛ فإن نقصه في دنياه وأحكامه.

وإن غزا بغير إذن الإمام، فلا سهم له لأنه غير مأمون على الدين، فهو كالمرجف، وشر منه. وإن غزا جماعة من الكفار وحدهم فغنموا، فيحتمل أن تكون غنيمتهم لهم، لا خمس فيها؛ لأن هذا اكتساب مباح، لم يؤخذ على وجه الجهاد، فكان لهم، لا خمس فيه، كالاحتشاش والاحتطاب. ويحتمل أن يؤخذ خمسه، والباقي لهم؛ لأنه غنيمة قوم من أهل دار الإسلام، فأشبه غنيمة المسلمين.

[فصل لا يستعان بمشرك في الحرب]

(٧٥٠٨) فصل: ولا يستعان بمشرك. وبهذا قال ابن المنذر، والجوزجاني، وجماعة من أهل العلم. وعن أحمد ما يدل على جواز الاستعانة به. وكلام الخرقي يدل عليه أيضا عند الحاجة، وهو مذهب الشافعي؛ لحديث الزهري الذي." (١)

"(٧٥١٨) فصل: فإن كان المستأجر والمستعير ممن لا سهم له؛ إما لكونه لا شيء له كالمرجف والمخذل، أو ممن يرضخ له كالصبي، فحكمه حكم فرسه، على ما ذكرنا. وإن غصب فرسا فقاتل عليه، احتمل أن يكون حكمه حكم فرسه؛ لأن الفرس يتبع الفارس في حكمه، فيتبعه إذا كان مغصوبا، قياسا على فرسه.

واحتمل أن يكون سهم الفرس لمالكه؛ لأن الجناية من راكبه، والنقص فيه، فيختص المنع به، وبما هو تابع له، وفرسه تابعة له؛ لأن ما كان لها فهو له، والفرس ها هنا لغيره، وسهمها لمالكها، فلا ينقص سهمها بنقص سهمه، كما لو قاتل العبد على فرس لسيده. ولو قاتل العبد بغير إذن سيده على فرس لسيده، خرج فيه الوجهان اللذان ذكرناهما فيما إذا غصب فرسا فقاتل عليه؛ لأنه هاهنا بمنزلة المغصوب.

[فصل لا يجوز تفضيل بعض الغانمين على بعض في القسمة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٥٦

(٧٥١٩) ولا يجوز تفضيل بعض الغانمين على بعض في القسمة، إلا أن ينفل بعضهم من الغنيمة نفلا، على ما ذكرنا في الأنفال، فأما غير ذلك فلا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قسم للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهما، وسوى بينهم.
ولأنهم اشتركوا في الغنيمة على سبيل التسوية، فتجب التسوية، كسائر الشركاء.
(٧٥٢٠) فصل: وإن قال الإمام: من أخذ شيئا فهو له. جاز، في إحدى الروايتين. وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي.
قال أحمد، في السرية تخرج، فيقول الوالي: من جاء بشيء فهو له، ومن لم يجئ بشيء فلا شيء له: الأنفال إلى الإمام، ما فعل من شيء جاز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في يوم بدر: " من أخذ شيئا، فهو له ". ولأن على هذا غزوا، ورضوا به.." (١)

"وجملة ذلك أن الجد والجدة، في تحريم التفريق بينهما وبين ولد ولدهما، كالأبوين؛ لأن الجد أب، والجدة أم، ولذلك يقومان مقام الأبوين في استحقاق الحضانة والميراث والنفقة، فقاما مقامهما في تحريم التفريق، ويستوي في ذلك الجد والجدة من قبل الأب والأم؛ لأن للجميع ولادة ومحرمية، فاستووا في ذلك، كاستوائهم في منع شهادة بعضهم لبعض.

[مسألة التفريق بين الإخوة في تقسيم الغنائم]

مسألة؛ قال: (ولا يفرق بين أخوين، ولا أختين) وجملته أنه يحرم التفريق بين الإخوة في القسمة والبيع، وبهذا قال أصحاب الرأي. وقال مالك، والليث، والشافعي، وابن المنذر: يجوز؛ لأنها قرابة لا تمنع قبول الشهادة، فلم يحرم التفريق، كقرابة ابن العم. ولنا، ما روي عن علي - رضي الله عنه - قال: وهب لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - غلامين أخوين، فبعت أحدهما، فقال لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «ما فعل غلامك؟ فأخبرته، فقال: رده، رده.» رواه الترمذي. وقال: هذا حديث حسن غريب.
وروى عبد الرحمن بن فروخ، عن أبيه، قال: كتب إلينا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: لا تفرقوا بين الأخوين، ولا بين الأم وولدها، في البيع. لأنه ذو رحم محرم، فلم يجز التفريق بينهما، كالولد والوالد.

[فصل التفريق بين سائر الأقارب في تقسيم الغنائم]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦٠

(٧٥٣١) فصل: ويجوز التفريق بين سائر الأقارب، في ظاهر كلام الخرقي، وقال غيره من أصحابنا: لا يجوز التفريق بين ذوي رحم محرم، كالعمة مع ابن أخيها، والخالة مع ابن أختها؛ لما ذكرنا من ال قياس. ولنا، أن الأصل حل البيع والتفريق، ولا يصح ال قياس على الإخوة؛ لأنهم أقرب، ولذلك يحجبون غيرهم عن الميراث، فيبقى في من عداهم على مقتضى الأصل. فأما من ليس بينهما رحم محرم، فلا يمنع من التفريق بينهم عند أحد علمناه؛ لعدم النص فيهم، وامتناع ال قياس على المنصوص.

وكذلك يجوز التفريق بين الأم من الرضاع وولدها والأخت وأختها؛ لذلك، ولأن قرابة الرضاع لا توجب عتق أحدهما على صاحبه، ولا نفقة، ولا ميراثا، فلم تمنع التفريق، كالصداقة.

(٧٥٣٢) فصل: وإذا كان في المغنم من لا يجوز التفريق بينهم، وكان قدرهم حصة واحد من الغانمين، دفعوا إلى واحد.." (١)

"منفردا، فيتبعه مع أحد أبويه، قياسا على ما لو أسلم أحد الأبوين، يحققه أن كل شخص غلب حكم إسلامه منفردا غلب مع أحد الأبوين، كالمسلم من الأبوين. الثالث، أن يسبى مع أبويه، فإنه يكون على دينهما. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي.

وقال الأوزاعي: يكون مسلما؛ لأن السابي أحق به، لكونه ملكه بالسبي، وزالت ولاية أبويه عنه، وانقطع ميراثهما منه وميراثه منهما، فكان أولى به منهما. ولنا، قوله - عليه السلام -: «فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه.» وهما معه، وملك السابي له لا يمنع اتباعه لأبويه، بدليل ما لو ولد في ملكه من عبده وأمته الكافرين.

[فصل سبي المتزوج من الكفار]

(٧٥٣٥) فصل: وإذا سبي المتزوج من الكفار، لم يخل من ثلاثة أحوال؛ أحدها، أن يسبى الزوجان معا، فلا ينفسخ نكاحهما. وبهذا قال أبو حنيفة، والأوزاعي. وقال مالك، والثوري، والليث، والشافعي، وأبو ثور: ينفسخ نكاحهما؛ لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] والمحصنات المزوجات ﴿إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] بالسبي، قال أبو سعيد الخدري: نزلت هذه الآية في سبي أوطاس. وقال ابن عباس: إلا ذوات الأزواج من المسبيات.

ولأنه استولى على محل حق الكافر، فزال ملكه، كما لو سباها وحدها. ولنا، أن الرق معنى لا يمنع ابتداء

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦٦

النكاح، فلا يقطع استدامته، كالعتق، والآية نزلت في سبايا أوطاس، وكانوا أخذوا النساء دون أزواجهن، وعموم الآية مخصوص بالمملوكة المزوجة في دار الإسلام، فيخص منه محل النزاع بال قياس عليه. الحال الثاني، أن تسبى المرأة وحدها، فينفسخ النكاح، بلا خلاف علمناه.

والآية دالة عليه، وقد روى أبو سعيد الخدري، قال: أصبنا سبايا يوم أوطاس، ولهن أزواج في قومهن، فذكر ذلك لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – فنزلت: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] . رواه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن. إلا أن أبا حنيفة قال: إذا سبيت المرأة وحدها، ثم سبي زوجها بعدها بيوم، لم ينفسخ النكاح.

ولنا، أن السبب المقتضي للفسخ وجد، فانفسخ النكاح، كما لو سبي بعد شهر. الحال الثالث، سبي الرجل وحده، فلا ينفسخ النكاح؛ لأنه لا نص فيه، ولا ال قياس يقتضيه، وقد سبى النبي – صلى الله عليه وسلم – سبعين من الكفار يوم بدر، فمن على بعضهم، وفادى بعضا، فلم يحكم عليهم بفسخ." (١)

"آخرون فسبوهم. لم يلزمه استنقاذهم، وليس للمسلمين شراؤهم؛ لأنهم في عهدهم، فلا يجوز لهم أذاهم ولا استرقاقهم. وذكر الشافعي ما يدل على هذا. ويحتمل جواز ذلك. وهو مذهب أبي حنيفة، لأنه لا يجب أن يدفع عنهم، فلا يحرم استرقاقهم، بخلاف أهل الذمة. فعلى هذا، إن استولى المسلمون على الذين أسروهم، وأخذوا أموالهم، فاستنقذوا ذلك منهم، لم يلزم رده إليهم، على هذا القول.

ومقتضى القول الأول وجوب رده، كما ترد أموال أهل الذمة إليهم.

[فصل بعد عقد الهدنة مطلقا فجاءنا منهم إنسان مسلما أو بأمان]

(٧٥٩٦) فصل: وإذا عقد الهدنة مطلقا، فجاءنا منهم إنسان مسلما أو بأمان، لم يجب رده إليهم، ولم يجز ذلك، سواء كان حرا أو عبدا، أو رجلا أو امرأة. ولا يجب رد مهر المرأة. وقال أصحاب الشافعي: إن خرج العبد إلينا قبل إسلامه، ثم أسلم، لم يرد إليهم، وإن أسلم قبل خروجه، ثم خرج إلينا، لم يصر حرا، لأنهم في أمان منا، والهدنة تمنع من جواز القهر. وقال الشافعي في قول له: إذا جاءت امرأة له مسلمة، وجب رد مهرها؛ لقول الله تعالى: ﴿وآتوهم ما أنفقوا﴾ [الممتحنة: ١٠] . يعني رد مهرها إلى زوجها إذا جاء يطلبها، وإن جاء غيره، لم يرد إليه شيء.

ولنا، أنه من غير أهل دار الإسلام، خرج إلينا، فلم يجب رده، ولا رد شيء بدلا عنه، كالحر من الرجال،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦٨

وكالعبد إذا خرج ثم أسلم. قولهم: إنهم في أمان منا. قلنا: إنما أمناهم ممن هو في دار الإسلام، الذين هم في قبضة الإمام، فأما من هو في دارهم، ومن ليس في قبضته، فلا يمنع منه، بدليل ما لو خرج العبد قبل إسلامه، ولهذا «لما قتل أبو بصير الرجل الذي جاء لرده، لم ينكره النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم يضمنه، ولما انفرد هو وأبو جندل وأصحابهما عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في صلح الحديبية، فقطعوا الطريق عليهم، وقتلوا من قتلوا منهم، وأخذوا المال، لم ينكر ذلك النبي - صلى الله عليه وسلم - ولم يأمرهم برد ما أخذوه، ولا غرامة ما أتلفوه» .

وهذا الذي أسلم كان في دارهم وقبضتهم، وقهرهم على نفسه، فصار حرا، كما لو أسلم بعد خروجه. وأما المرأة، فلا يجب رد مهرها؛ لأنها لم تأخذ منه شيئا، ولو أخذته كانت قد قهرتهم عليه في دار القهر، ولو وجب عليها عوضه، لوجب مهر المثل دون المسمى. والآية، قال قتادة: تبيح رد المهر. وقال عطاء، والزهري، والثوري: لا يعمل بها اليوم. وعلى أن الآية إنما نزلت في قضية الحديبية، حين كان النبي - صلى الله عليه وسلم - شرط لهم رد من جاءه مسلما، فلما منع الله رد النساء، أمر برد مهورهن، وكلامنا فيما إذا وقع الصلح مطلقا، فليس هو معنى ما تناوله الأمر.

وإن وقع الكلام فيما إذا شرط رد النساء، لم يصح أيضا؛ لأن الشرط الذي كان النبي - صلى الله عليه وسلم - شرطه، كان صحيحا، وقد نسخ، فإذا شرط الآن كان باطلا، فلا يجوز قياسه على الصحيح، ولا إلحاقه به.

[فصل الشروط في عقد الهدنة]

(٧٥٩٧) فصل: والشروط في عقد الهدنة تنقسم قسمين؛ صحيح؛ مثل أن يشترط عليهم مالا، أو معونة المسلمين عند." (١)

"إحداهن، أن غنيمتهم كغنيمة غيرهم، يخمسه الإمام، ويقسم باقيه بينهم. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم الشافعي؛ لعموم قوله سبحانه: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] . الآية.

وال قياس على ما إذا دخلوا بإذن الإمام. والثانية، هو لهم من غير أن يخمس. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه اكتساب مباح من غير جهاد، فكان لهم أشبه الاحتطاب، فإن الجهاد إنما يكون بإذن الإمام، أو من طائفة

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٠٠

لهم منعة وقوة، فأما هذا فتلصص وسرقة ومجرد اكتساب.
والثالثة، أنه لا حق لهم فيه. قال أحمد، في عبد أبق إلى الروم، ثم رجع ومعه متاع: فالعبد لمولاه، وما معه من المتاع والمال فهو للمسلمين؛ لأنهم عصاة بفعلهم، فلم يكن لهم فيه حق. والأولى أولى قال الأوزاعي: لما أقفل عمر بن عبد العزيز الجيش الذي كان مع مسلمة، كسر مركب بعضهم، فأخذ المشركون ناسا من القبط، فكانوا خدما لهم، فخرجوا يوما إلى عيد لهم، وخلفوا القبط في مركبهم، وشرب الآخرون، ورفع القبط القلع وفي المركب متاع الآخرين وسلاحهم، فلم يضعوا قلعهم حتى أتوا بيروت، فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز، فكتب عمر: نفلوهم القلع وكل شيء جاءوا به إلا الخمس. رواه سعيد، والأثرم. وإن كانت الطائفة ذات منعة، غزوا بغير إذن الإمام، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا شيء لهم، وهو فيء للمسلمين. والثانية، يخمس، والباقي لهم. وهذا أصح. ووجه الروايتين ما تقدم. ويخرج فيه وجه كالرواية الثالثة، وهو أن الجميع لهم من غير خمس؛ لكونه اكتساب مباح من غير جهاد.

[مسألة غل من الغنيمة]
(٧٦٠٣) مسألة؛ قال: ومن غل من الغنيمة، حرق رحله كله، إلا المصحف، وما فيه روح الغال: هو الذي يكتم ما يأخذه من الغنيمة، فلا يطلع الإمام عليه، ولا يضعه مع الغنيمة، فحكمه أن يحرق رحله كله. وبهذا قال الحسن، وفقهاء الشام، منهم مكحول، والأوزاعي، والوليد بن هشام، ويزيد بن يزيد بن جابر. وأتي سعيد بن عبد الملك بغال، فجمع ماله وأحرقه، وعمر بن عبد العزيز حاضر ذلك، فلم يعبه. وقال يزيد بن يزيد بن جابر: السنة في الذي يغل، أن يحرق رحله.
رواهما سعيد، في سننه. وقال ومالك، والليث، والشافعي، وأصحاب الرأي: لا يحرق؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحرق» ، فإن عبد الله بن عمرو روى، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان إذا أصاب غنيمة، أمر بلالا فنادى في الناس، فيجيئون بغنائمهم، فيخمسه، ويقسمه،." (١)
"ولنا، أنه ملبوس حيوان، فلا يحرق، كثياب الغال. ولا تحرق ثياب الغال التي عليه؛ لأنه لا يجوز تركه عريانا، ولا ما غل؛ لأنه من غنيمة المسلمين. قيل لأحمد: فالذي أصاب في الغلول، أي شيء يصنع به؟ قال: يرفع إلى المغنم.
وكذلك قال الأوزاعي. ولا سلاحه؛ لأنه يحتاج إليه للقتال، ولا نفقته؛ لأن ذلك مما لا يحرق عادة، وجميع

---
(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٠٥

ذلك، أو ما أبقت النار من حديد أو غيره، فهو لصاحبه؛ لأن ملكه كان ثابتا عليه، ولم يوجد ما يزيله، وإنما عوقب بإحراق متاعه، فما لم يحترق يبقى على ما كان. ويحتمل أن يباع المصحف، ويتصدق به؛ لقول سالم فيه.
وإن كان معه شيء من كتب الحديث أو العلم، فينبغي أن لا تحرق أيضا؛ لأن نفع ذلك يعود إلى الدين، وليس المقصود الإضرار به في دينه، وإنما القصد الإضرار به في شيء من دنياه.

[فصل لم يحرق رحله حتى استحدث متاعا آخر الغنيمة]
(٧٦٠٤) فصل: وإن لم يحرق رحله حتى استحدث متاعا آخر، أو رجع إلى بلده، أحرق ما كان معه حال الغلول. نص عليه أحمد في الذي يرجع إلى بلده. قال: ينبغي أن يحرق ما كان معه في أرض العدو. وإن مات قبل إحراق رحله، لم يحرق. نص عليه أحمد؛ لأنها عقوبة، فتسقط بالموت، كالحدود، لأنه بالموت انتقل إلى ورثته، فإحراقه عقوبة لغير الجاني.
وإن باع متاعه، أو وهبه، احتمل أن لا يحرق؛ لأنه صار لغيره، أشبه ما لو انتقل عنه بالموت. واحتمل أن ينقض البيع والهبة ويحرق؛ لأنه تعلق به حق سابق على البيع والهبة، فوجب تقديمه، كالقصاص في حق الجاني.

[فصل عدم إحراق متاع الغال في الغنيمة]
(٧٦٠٥) فصل: وإن كان الغال صبيا، لم يحرق متاعه. وبه قال الأوزاعي؛ لأن الإحراق عقوبة. وليس هو من أهلها، فأشبه الحد. وإن كان عبدا، لم يحرق متاعه؛ لأنه لسيده، فلا يعاقب سيده بجناية عبده. وإن استهلك ما غله، فهو في رقبته؛ لأنه من جنايته. وإن غلت امرأة أو ذمي أحرق متاعهم؛ لأنهما من أهل العقوبة، ولذلك يقطعان في السرقة، ويحدان في الزنى وغيره. وإن أنكر الغلول، وذكر أنه ابتاع ما بيده، لم يحرق متاعه، حتى يثبت غلوله ببينة أو إقرار؛ لأنه عقوبة به، فلا يجب قبل ثبوته بذلك، كالحد، ولا يقبل في بينته إلا عدلان؛ لذلك.
(٧٦٠٦) فصل: ولا يحرم الغال سهمه. وقال أبو بكر: في ذلك روايتان؛ إحداهما، يحرم سهمه؛ لأنه قد جاء في الحديث: يحرم سهمه. فإن صح، فالحكم له. وقال الأوزاعي، في الصبي يغل: يحرم سهمه، ولا

يحرق متاعه. ولنا، أن سبب الاستحقاق موجود، فيستحق، كما لو لم يعلم، ولم يثبت حرمان سهمه في خبر، ولا قياس، فيبقى بحاله، ولا يحرق سهمه، لأنه ليس من رحله.." [1]

"قتل الشيوخ يستثنى بها من عموم قوله: ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة: ٥] . ولأنه كافر لا نفع في حياته، فيقتل كالشاب. ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تقتلوا شيخا فانيا، ولا طفلا، ولا امرأة» . رواه أبو داود، في سننه. وروي عن أبي بكر الصديق، - رضي الله عنه - أنه وصى يزيد حين وجهه إلى الشام، فقال: لا تقتل صبيا، ولا امرأة، ولا هرما.

وعن عمر، أنه وصى سلمة بن قيس، فقال: لا تقتلوا امرأة، ولا صبيا، ولا شيخا هرما. رواهما سعيد. ولأنه ليس من أهل القتال، فلا يقتل، كالمرأة. وقد أومأ النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى هذه العلة في المرأة، فقال: «ما بال هذه قتلت، وهي لا تقاتل» . والآية مخصوصة بما روينا، ولأنه قد خرج من عمومها المرأة، والشيخ الهرم في معناها، فنقيسه عليها.

وأما حديثهم، فأراد به الشيوخ الذين فيهم قوة على القتال، أو معونة عليه، برأي أو تدبير، جمعا بين الأحاديث، ولأن أحاديثنا خاصة في الهرم، وحديثهم عام في الشيوخ كلهم، والخاص يقدم على العام، و قياسهم ينتقض بالعجوز التي لا نفع فيها.

[فصل لا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب في دار الحرب]

(٧٦١٢) فصل: ولا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب، والخلاف فيهم كالخلاف في الشيخ، وحجتهم ها هنا حجتهم فيه. ولنا، في الزمن والأعمى، أنهما ليسا من أهل القتال، فأشبها المرأة، وفي الراهب، ما روي في حديث أبي بكر الصديق، - رضي الله عنه - أنه قال: «وستمرون على أقوام في الصوامع، قد حبسوا أنفسهم فيها، فدعوهم حتى يميتهم الله على ضلالهم» . ولأنهم لا يقاتلون تدينا، فأشبهوا من لا يقدر على القتال.

[فصل لا يقتل العبيد في دار الحرب]

(٧٦١٣) فصل: ولا يقتل العبيد. وبه قال الشافعي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أدركوا خالدا، فمروه أن لا يقتل ذرية، ولا عسيفا» . وهم العبيد؛ ولأنهم يصيرون رقيقا للمسلمين بنفس السبي، فأشبهوا

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٠٧

النساء والصبيان.

[فصل جاز قتل أصحاب العاهات إذا كان له سبيل على المسلمين في الحرب]

(٧٦١٤) فصل: ومن قاتل ممن ذكرنا جميعهم، جاز قتله؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قتل يوم قريظة امرأة ألقت رحى على محمود بن سلمة» . ومن كان من هؤلاء الرجال المذكورين ذا رأي يعين به في الحرب، جاز قتله «؛ لأن دريد بن الصمة قتل يوم حنين، وهو شيخ لا قتال فيه، وكانوا خرجوا به معهم، يتيمنون به، ويستعينون برأيه، فلم ينكر النبي - صلى الله عليه وسلم - قتله.» ولأن الرأي من أعظم المعونة في الحرب، وقد جاء عن معاوية، أنه قال لمروان والأسود: أمددتما عليا بقيس بن سعد، وبرأيه ومكايدته، فوالله لو أنكما أمددتماه بثمانية آلاف مقاتل، ما كان بأغيظ لي من ذلك.." (١)

"[مسألة لا تؤخذ الجزية من شيخ فان ولا زمن ولا أعمى]

(٧٦٦١) مسألة؛ قال: ولا شيخ فان، ولا زمن، ولا أعمى هؤلاء الثلاثة ومن في معناهم ممن به داء لا يستطيع معه القتال، ولا يرجى برؤه، لا جزية عليهم. وهو قول أصحاب الرأي. وقال الشافعي، في أحد قوليه: عليهم الجزية بناء على قتلهم. وقد سبق قولنا في أنهم لا يقتلون، فلا تجب عليهم الجزية، كالنساء والصبيان.

[مسألة لا جزية على العبد]

(٧٦٦٢) مسألة؛ قال: ولا على سيد عبد عن عبده، إذا كان السيد مسلما لا خلاف في هذا نعلمه، لأنه يروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا جزية على العبد» . وعن ابن عمر مثله. ولأن ما لزم العبد إنما يؤديه سيده، فيؤدي إيجابه على عبد المسلم إلى إيجاب الجزية على مسلم. فأما إن كان العبد لكافر، فالمنصوص عن أحمد أنه لا جزية عليه أيضا. وهو قول عامة أهل العلم.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أه ل العلم، على أنه لا جزية على العبد. وذلك لما ذكر من الحديث، ولأنه محقون الدم، فأشبه النساء والصبيان، أو لا مال له، فأشبه الفقير العاجز. ويحتمل كلام الخرقي إيجاب الجزية عليه يؤديها سيده. وروي ذلك أيضا عن أحمد وروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال: لا تشتروا رقيق أهل الذمة، ولا مما في أيديهم؛ لأنهم أهل خراج، يبيع بعضهم بعضا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣١٢

ولا يقرن أحدكم بالصغار بعد إذ أنقذه الله منه.

قال أحمد: أراد أن يوفر الجزية؛ لأن المسلم إذا اشتراه سقط عنه أداء ما يؤخذ منه، والذمي يؤدي عنه وعن مملوكه خراج جماجمهم. وروي عن علي مثل حديث عمر. ولأنه ذكر مكلف قوي مكتسب، فوجبت عليه الجزية، كالحر. والأول أولى.

[فصل تؤخذ جزية من بعضه حر]

(٧٦٦٣) فصل: ومن بعضه حر ف قياس المذهب أن عليه من الجزية بقدر ما فيه من الحرية؛ لأنه حكم يتجزأ، يختلف بالرق والحرية، فيقسم على قدر ما فيه كالإرث.

[فصل لا جزية على أهل الصوامع من الرهبان]

(٧٦٦٤) فصل: ولا جزية على أهل الصوامع من الرهبان. ويحتمل وجوبها عليهم. وهذا أحد قولي الشافعي. وروي عن عمر بن عبد العزيز، أنه فرض على رهبان الديارات الجزية على كل راهب دينارين. ووجه ذلك عموم." (١)

"أن حكم من تنصر من تنوخ وبهراء، أو تهود من كنانة وحمير، أو تمجس من تميم، حكم بني تغلب، سواء. وذكر ذلك عن الشافعي. نص عليه، في تنوخ وبهراء؛ لأنهم من العرب، فأشبهوا بني تغلب.

ولنا عموم قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] . وأن النبي - صلى الله عليه وسلم - بعث معاذا إلى اليمن، فقال: «خذ من كل حالم دينارا» . وهم عرب. وقبل الجزية من أهل نجران، وهم من بني الحارث بن كعب.

قال الزهري: أول من أعطى الجزية أهل نجران، وكانوا نصارى. وأخذ الجزية من أكيدر دومة، وهو عربي. وحكم الجزية ثابت بالكتاب والسنة، في كل كتابي، عربيا كان أو غير عربي، إلا ما خص به بنو تغلب، لمصالحة عمر إياهم، ففي ما عداهم يبقى الحكم على عموم الكتاب وشواهد السنة، ولم يكن بين غير بني تغلب وبين أحد من الأئمة صلح كصلح بني تغلب، فيما بلغنا، ولا يصح قياس غير بني تغلب عليهم؛ لوجوه؛ أحدها، أن قياس سائر العرب عليهم يخالف النصوص التي ذكرناها، ولا يصح قياس المنصوص عليه على ما تلزم منه مخالفة النص.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٤١

الثاني، أن العلة في بني تغلب الصلح، ولم يوجد الصلح مع غيرهم، ولا يصح ال قياس مع تخلف العلة.
الثالث، أن بني تغلب كانوا ذوي قوة وشوكة، لحقوا بالروم، وخيف منهم الضرر إن لم يصالحوا، ولم يوجد هذا في غيرهم.
فإن وجد هذا في غيرهم، فامتنعوا من أداء الجزية، وخيف الضرر بترك مصالحتهم، فرأى الإمام مصالحتهم على أداء الجزية باسم الصدقة، جاز ذلك، إذا كان المأخوذ منهم بقدر ما يجب عليهم من الجزية أو زيادة قال علي بن سعيد: سمعت أحمد يقول: أهل الكتاب ليس عليهم في مواشيهم صدقة، ولا في أموالهم، إنما تؤخذ منهم الجزية، إلا أن يكونوا صولحوا على أن تؤخذ منهم، كما صنع عمر في نصارى بني تغلب، حين أضعف عليهم الصدقة في صلحه إياهم، وذكر هذا أبو إسحاق صاحب المهذب، في كتابه. والحجة في هذا قصة بني تغلب، و قياسهم عليهم. إذا كانوا في معناهم.
أما قياس من لم يصالح عليهم، في جعل جزيتهم صدقة، فلا يصح والله أعلم.

[فصل اتجر نصراني تغلبي فمر بالعاشر الجزية]
(٧٦٧٣) فصل: وإذا اتجر نصراني تغلبي، فمر بالعاشر، فقال أحمد: يؤخذ منه العشر ضعف ما يؤخذ من أهل الذمة. وروى بإسناده، عن زياد بن حدير، أن عمر بعثه مصدقا، فأمره أن يأخذ من نصارى بني تغلب العشر، ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر. ورواه أبو عبيد.." (١)
"المشهورة، وإن صحت فهي في الذبيحة، ولا يصح قياس الصيد عليها؛ لما ذكرنا، مع ما في الصيد من النصوص الخاصة.
إذا ثبت هذا، فالتسمية المعتبرة قوله: " بسم الله ". لأن إطلاق التسمية ينصرف إلى ذلك، وقد ثبت «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان إذا ذبح قال: بسم الله، والله أكبر» . وكان ابن عمر يقوله. ولا خلاف في أن قوله: " بسم الله " يجزئه. وإن قال: اللهم اغفر لي. لم يكف؛ لأن ذلك طلب حاجة. وإن هلل، أو سبح، أو كبر، أو حمد الله تعالى، احتمل الإجزاء؛ لأنه ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم، واحتمل المنع؛ لأن إطلاق التسمية لا يتناوله.
وإن ذكر اسم الله تعالى بغير العربية، أجزأه وإن أحسن العربية؛ لأن المقصود ذكر اسم الله، وهو يحصل بجميع اللغات، بخلاف التكبير في الصلاة، فإن المقصود لفظه. وتعتبر التسمية عند الإرسال؛ لأنه الفعل

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٤٦

الموجود من المرسل، فتعتبر التسمية عنده، كما تعتبر عند الذبح من الذابح، وعند إرسال السهم من الرامي. نص أحمد على هذا.

ولا تشرع الصلاة على النبي - صلى الله عليه وسلم - مع التسمية في ذبح ولا صيد. وبه قال الليث. واختار أبو إسحاق بن شاقلا استحباب ذلك. وهو قول الشافعي؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: «من صلى علي مرة، صلى الله عليه عشرا» .

وجاء في تفسير قوله تعالى: ﴿ورفعنا لك ذكرك﴾ [الشرح: ٤] . لا أذكر إلا ذكرت معي. ولنا، قوله - عليه السلام - " موطنان لا أذكر فيهما؛ عند الذبيحة، والعطاس ". رواه أبو محمد الخلال بإسناده، ولأنه إذا ذكر غير الله تعالى أشبه المهل لغير الله.

الشرط الثالث، أن يرسل الجارحة على الصيد، فإن استرسلت بنفسها فقتلت، لم يبح. وبهذا قال ربيعة، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال عطاء، والأوزاعي: يؤكل صيده إذا أخرجه للصيد. وقال إسحاق: إذا سمى عند انفلاته، أبيح صيده.

وروى بإسناده عن ابن عمر، أنه سئل عن الكلاب تنفلت من مرابضها فتصيد الصيد؟ قال: اذكر اسم الله، وكل. وقال إسحاق: فهذا الذي أختار إذا لم يتعمد هو إرساله من غير ذكر اسم الله عليه. قال الخلال: هذا على معنى قول أبي عبد الله. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «إذا أرسلت كلبك، وسميت، فكل» . ولأن إرسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح، ولهذا اعتبرت التسمية معه، وإن استرسل بنفسه فسمى صاحبه وزجره، فزاد في عدوه، أبيح صيده. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يباح.

وعن عطاء كالمذهبين.." (١)

"ولنا، ما روي عن عدي، قال: «سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن صيد البازي، فقال: إذا أمسك عليك، فكل» . ولأنه جارح يصاد به عادة، ويقبل التعليم، فأشبه الكلب.

فأما الآية، فإن الجوارح الكواسب. ﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾ [الأنعام: ٦٠] . أي كسبتم. وفلان جارحة أهله، أي كاسبهم. (مكلبين) من التكليب وهو الإغراء.

[فصل هل يجب غسل أثر فم الكلب من الصيد؟]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٦٨

فصل: وهل يجب غسل أثر فم الكلب من الصيد؟ فيه وجهان؛ أحدهما، لا يجب؛ لأن الله تعالى ورسوله أمرا بأكله، ولم يأمرا بغسله والثاني، يجب؛ لأنه قد ثبتت نجاسته، فيجب غسل ما أصابه، كبوله. "

[مسألة أرسل البازي وما أشبهه فصاد وقتل]

(٧٧١٠) مسألة؛ قال: (وإذا أرسل البازي، وما أشبهه فصاد وقتل، أكل، وإن أكل من الصيد؛ لأن تعليمه بأن يأكل) وجملته أنه يشترط في الصيد بالبازي ما يشترط في الصيد بالكلب، إلا ترك الأكل، فلا يشترط، ويباح صيده وإن أكل منه.

وبهذا قال ابن عباس. وإليه ذهب النخعي، وحماد، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه. ونص الشافعي على أنه كالكلب في تحريم ما أكل منه من صيده؛ لأن مجالدا روى عن الشعبي، عن عدي بن حاتم، «عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: فإن أكل الكلب والبازي، فلا تأكل» .

ولأنه جارح أكل مما صاده عقيب قتله، فأشبه سباع البهائم. ولنا، إجماع الصحابة، روى الخلال، بإسناده عن ابن عباس، قال: إذا أكل الكلب، فلا تأكل من الصيد، وإذا أكل الصقر، فكل؛ لأنك تستطيع أن تضرب الكلب، ولا تستطيع أن تضرب الصقر. وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة إباحة ما أكل منه الكلب، وخالفهم ابن عباس فيه ووافقهم في الصقر، ولم ينقل عن أحد في عصرهم خلافهم، ولأن جوارح الطير تعلم بالأكل، ويتعذر تعليمها بترك الأكل، فلم يقدح في تعليمها، بخلاف الكلب والفهد.

وأما الخبر، فلا يصح، يرويه مجالد، وهو ضعيف. قال أحمد: مجالد يصير القصة واحدة، كم من أعجوبة لمجالد. والروايات الصحيحة تخالفه، ولا يصح قياس الطير على السباع؛ لما بينهما من الفرق. إذا ثبت هذا، فكل جارح من الطير أمكن تعليمه، والاصطياد به، من البازي والصقر والشاهين والعقاب، حل صيدها على ما ذكرناه.

[مسألة لا يؤكل ما صيد بالكلب الأسود إذا كان بهيما]

(٧٧١١) مسألة؛ قال: (ولا يؤكل ما صيد بالكلب الأسود، إذا كان بهيما؛ لأنه شيطان)." [١]

"البهيم: الذي لا يخالط لونه لون سواه. قال أحمد: الذي ليس فيه بياض. قال ثعلب، وإبراهيم الحربي: كل لون لم يخالطه لون آخر بهيم. قيل لهما: من كل لون؟ قالا: نعم. وممن كره صيده الحسن،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٢

والنخعي، وقتادة، وإسحاق.

قال أحمد: ما أعرف أحدا يرخص فيه. يعني من السلف. وأباح صيده أبو حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لعموم الآية والخبر وال قياس على غيره من الكلاب. ولنا، أنه كلب يحرم اقتناؤه، ويجب قتله، فلم يبح صيده، كغير المعلم، ودليل تحريم اقتنائه قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فاقتلوا منها كل أسود بهيم» . رواه سعيد، وغيره.

وروى مسلم، في " صحيحه "، بإسناده عن عبد الله بن المغفل، قال: «أمرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بقتل الكلاب، ثم نهى عن قتلها، فقال: عليكم بالأسود البهيم، ذي النكتتين، فإنه شيطان» . فأمر بقتله، وما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه، فلم يبح صيده لغير المعلم، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - سماه شيطانا، ولا يجوز اقتناء الشيطان، وإباحة الصيد المقتول رخصة، فلا تستباح بمحرم كسائر الرخص، والعمومات مخصوصة بما ذكرناه، وإن كان فيه نكتتان فوق عينيه، لم يخرج بذلك عن كونه نهيا؛ لما ذكرناه من الخبر.

[مسألة أدرك الصيد وفيه روح فلم يذكه حتى مات]

(٧٧١٢) مسألة؛ قال: (وإذا أدرك الصيد وفيه روح، فلم يذكه حتى مات، لم يؤكل) يعني، والله أعلم، ما كان فيه حياة مستقرة، فأما ما كانت حياته كحياة المذبوح، فهذا يباح من غير ذبح، في قولهم جميعا، فإن الذكاة في مثل هذا لا تفيد شيئا.

وكذلك لو ذبحه مجوسي، ثم أعاد ذبحه مسلم. لم يحل، فأما إن أدركه وفيه حياة مستقرة، فلم يذبحه حتى مات، نظرت؛ فإن لم يتسع الزمان لذكاته حتى مات، حل أيضا. قال قتادة: يأكله ما لم يتوان في ذكاته، أو يتركه عمدا وهو قادر على أن يذكيه. ونحوه قول مالك، والشافعي. وروي عن الحسن، و ا النخعي. وقال أبو حنيفة: لا يحل؛ لأنه أدركه حيا حياة مستقرة، فتعلقت إباحته بتذكيته، كما لو اتسع الزمان.

ولنا، أنه لم يقدر على ذكاته بوجه ينسب فيه إلى التفريط، ولم يتسع لها الزمان، فكان عقره ذكاته، كالذي قتله. ويفارق ما قاسوا عليه؛ لأنه أمكنه ذكاته، وفرط بتركها.

ولو أدركه وفيه حياة مستقرة يعيش بها طويلا، وأمكنته ذكاته، فلم يدركه حتى مات، لم يبح، سواء كان به جرح يعيش معه أو لا، وبه قال مالك، والليث، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لأن ما كان

كذلك. فهو في حكم الحي. بدليل أن عمر. - رضي الله عنه -. كانت جراحاته موحية. فأوصى. وأجيزت وصاياه وأقواله في تلك الحال.." (١)

"وهذا قول الشافعي، وأبي ثور. وقال أبو حنيفة: لا يحل؛ لأن كلب المجوسي عاون في اصطياده، فأشبه إذا عقره. ولنا، أن جارحة المسلم انفردت بقتله، فأبيح، كما لو رمى المجوسي سهمه فرد الصيد، فأصابه سهم مسلم، فقتله، أو أمسك مجوسي شاة فذبحها مسلم. وبهذا يبطل ما قاله.

[فصل صاد المجوسي بكلب مسلم]

(٧٧١٧) فصل: وإذا صاد المجوسي بكلب مسلم، لم يبح صيده. في قولهم جميعا. وإن صاد المسلم، بكلب المجوسي، فقتل، حل صيده. وبهذا قال سعيد بن المسيب، والحكم، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وعن أحمد: لا يباح. وكرهه جابر، والحسن، ومجاهد، والنخعي، والثوري؛ لقوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾ [المائدة: ٤] . وهذا لم يعلمه. وعن الحسن، أنه كره الصيد بكلب اليهودي والنصراني، لهذه الآية. ولنا، أنه آلة صاد بها المسلم، فحل صيده، كالقوس والسهم.

قال ابن المسيب: هي بمنزلة شفرته. والآية دلت على إباحة الصيد بما علمناه وما علمه غيرنا، فهو في معناه، فيثبت الحكم بال قياس الذي ذكرناه، يحققه أن التعليم إنما أثر في جعله آلة، ولا تشرط الأهلية في ذلك، كعمل القوس والسهم، وإنما تشترط فيما أقيم مقام الذكاة، وهو إرسال الآلة، من الكلب والسهم، وقد وجد الشرط هاهنا.

[فصل أرسل جماعة كلابا وسموا فوجدوا الصيد قتيلا لا يدرون من قتله]

(٧٧١٨) فصل: إذا أرسل جماعة كلابا، وسموا، فوجدوا الصيد قتيلا، لا يدرون من قتله، حل أكله. فإن اختلفوا في قاتله، وكانت الكلاب متعلقة به، فهو بينهم على السواء؛ لأن الجميع مشتركة في إمساكه، فأشبه ما لو كان في أيدي الصيادين أو عبيدهم. وإن كان البعض متعلقا به دون باقيها، فهو لمن كلبه متعلق به، وعلى من حكمنا له به اليمين في المسألتين؛ لأن دعواه محتملة، فكانت اليمين عليه، كصاحب اليد.

وإن كان قتيلا والكلاب ناحية وقف الأمر حتى يصطلحوا. ويحتمل أن يقرع بينهم، فمن قرع صاحبه حلف،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٣/٩

وكان له. وهذا قول أبي ثور. قياسا على ما لو تداعيا دابة في يد غيرهما. وعلى الأول، إذا خيف فساده، قبل اصطلاحهم عليه، باعوه، ثم اصطلحوا على ثمنه.

[مسألة سمى ورمى صيدا فأصابت غيره]

مسألة قال: (وإذا سمى، ورمى صيدا، فأصابت، غيره، جاز أكله) وجملة ذلك الأمر، أن الصيد بالسهام وكل محدد جائز، بلا خلاف، وهو داخل في مطلق قوله تعالى:." (١)

"[فصل التسمية على الذبيحة]

(٧٧٤٣) فصل: والتسمية على الذبيحة معتبرة حال الذبح، أو قريبا منه، كما تعتبر على الطهارة. وإن سمى على شاة، ثم أخذ أخرى فذبحها بتلك التسمية، لم يجز، سواء أرسل الأولى أو ذبحها؛ لأنه لم يقصد الثانية بهذه التسمية.

وإن رأى قطيعا من الغنم، فقال: بسم الله. ثم أخذ شاة فذبحها بغير تسمية، لم يحل. وإن جهل كون ذلك لا يجزئ، لم يجر مجرى النسيان؛ لأن النسيان يسقط المؤاخذة، والجاهل مؤاخذ، ولذلك يفطر الجاهل بالأكل في الصوم دون الناسي. وإن أضجع شاة ليذبحها، وسمى، ثم ألقى السكين، وأخذ أخرى، أو رد سلاما، أو كلم إنسانا، أو استسقى ماء، ونحو ذلك، وذبح، حل، لأنه سمى على تلك الشاة بعينها، ولم يفصل بينهما إلا بفصل يسير، فأشبه ما لو لم يتكلم.

[فصل سمى الصائد على صيد فأصاب غيره]

(٧٧٤٤) فصل: وإن سمى الصائد على صيد، فأصاب غيره، حل. وإن سمى على سهم ثم ألقاه، وأخذ غيره فرمى به، لم يبح ما صاده به؛ لأنه لما لم يمكن اعتبار التسمية على صيد بعينه، اعتبرت على الآلة التي يصيد بها، بخلاف الذبيحة. ويحتمل أن يباح، قياسا على ما لو سمى على سكين، ثم ألقاها وأخذ غيرها. وسقوط اعتبار تعيين الصيد لمشقته، لا يقتضي اعتبار تعيين الآلة، فلا يعتبر.

[مسألة ند بعير فلم يقدر عليه فرماه بسهم أو نحوه مما يسيل به دمه فقتله]

(٧٧٤٥) مسألة؛ قال: (وإذا ند بعير، فلم يقدر عليه، فرماه بسهم أو نحوه، مما يسيل به دمه، فقتله، أكل) وكذلك إن تردى في بئر، فلم يقدر على تذكيته، فجرحه في أي موضع قدر عليه، فقتله، أكل، إلا أن تكون

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٦

رأسه في الماء، فلا يؤكل؛ لأن الماء يعين على قتله. هذا قول أكثر الفقهاء.
روي ذلك عن علي، وابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس، وعائشة - رضي الله عنهم - وبه قال مسروق، والأسود، والحسن، وعطاء، وطاوس، وإسحاق، والشعبي، والحكم، وحماد، والثوري، و أبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور.
وقال مالك: لا يجوز أكله إلا أن يذكى. وهو قول ربيعة، والليث. قال أحمد: لعل مالكا لم يسمع حديث رافع بن خديج. واحتج لمالك بأن الحيوان الإنسي إذا توحش لم يثبت له حكم الوحشي، بدليل أنه لا يجب على المحرم الجزاء بقتله، ولا يصير الحمار الأهلي مباحا إذا توحش.
ولنا، ما روى رافع بن خديج، قال: «كنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - فند بعير، وكان في القوم خيل يسيرة، فطلبوه فأعياهم، فأهوى إليه رجل بسهم، فحبسه الله، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش، فما غلبكم منها، فاصنعوا به هكذا» . وفي لفظ: «فما ند عليكم، فاصنعوا به هكذا» .." (١)

"أجاد. وقال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم؛ منهم مجاهد، والثوري، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.
ولا فرق بين الكتابي العربي وغيره، إلا أن في نصارى العرب اختلافا ذكرناه في باب الجزية. وسئل مكحول عن ذبائح العرب. فقال: أما بهراء وتنوخ وسليح، فلا بأس، وأما بنو تغلب فلا خير في ذبائحهم. والصحيح إباحة ذبائح الجميع؛ لعموم الآية فيهم.

[فصل كان أحد أبوي الكتابي ممن لا تحل ذبيحته والآخر ممن تحل ذبيحته]
(٧٧٤٩) فصل: فإن كان أحد أبوي الكتابي ممن لا تحل ذبيحته، والآخر ممن تحل ذبيحته، فقال أصحابنا: لا يحل صيده ولا ذبيحته. وبه قال الشافعي إذا كان الأب غير كتابي، وإن كان الأب كتابيا ففيه قولان؛ أحدهما، تباح. وهو قول مالك، وأبي ثور.
والثاني، لا تباح؛ لأنه وجد ما يقتضي التحريم، والإباحة، فغلب ما يقتضي التحريم، كما لو جرحه مسلم ومجوسي، وبيان وجود ما يقتضي التحريم، أن كونه ابن مجوسي أو وثني يقتضي تحريم ذبيحته. وقال أبو حنيفة: تباح ذبيحته بكل حال؛ لعموم النص، ولأنه كتابي يقر على دينه، فتحل ذبيحته، كما لو كان

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٩/٩

ابن كتابيين.

وأما إن كان ابن وثنيين أو مجوسيين، فمقتضى مذهب الأئمة الثلاثة تحريمه، ومقتضى مذهب أبي حنيفة حله؛ لأن الاعتبار بدين الذابح، لا بدين أبيه، بدليل أن الاعتبار في قبول الجزية بذلك، ولعموم النص وال قياس.

[فصل حكم ما ذبحوه لكنائسهم وأعيادهم من النصارى]

(٧٧٥٠) فصل: فأما ما ذبحوه لكنائسهم وأعيادهم، فننظر فيه؛ فإن ذبحه لهم مسلم، فهو مباح. نص عليه. وقال أحمد، وسفيان الثوري، في المجوسي يذبح لإلهه، ويدفع الشاة إلى المسلم يذبحها فيسمي: يجوز الأكل منها. وقال إسماعيل بن سعيد: سألت أحمد عما يقرب لآلهتهم، يذبحه رجل مسلم، قال: لا بأس به. وإن ذبحها الكتابي، وسمى الله وحده، حلت أيضا؛ لأن شرط الحل وجد.

وإن علم أنه ذكر اسم غير الله عليها، أو ترك التسمية عمدا، لم تحل. قال حنبل: سمعت أبا عبد الله قال: لا يؤكل. يعني ما ذبح لأعيادهم وكنائسهم؛ لأنه أهل لغير الله به. وقال في موضع: يدعون التسمية على عمد، إنما يذبحون للمسيح. فأما ما سوى ذلك، فرويت عن أحمد الكراهة فيما ذبح لكنائسهم وأعيادهم مطلقا. وهو قول ميمون بن مهران؛ لأنه ذبح لغير الله.

وروي عن أحمد إباحته. وسئل عنه العرباض بن سارية، فقال: كلوا، وأطعموني. وروي مثل ذلك عن أبي أمامة الباهلي، وأبي مسلم الخولاني. وأكله أبو الدرداء، وجبير بن نفير.

ورخص فيه عمرو بن الأسود، ومكحول، وضمرة بن حبيب؛ لقول الله تعالى ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ [المائدة: ٥] . وهذا من طعامهم. قال." (١)

"ولنا، قول الله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] .

وقوله: ﴿وما أهل لغير الله به﴾ [المائدة: ٣] والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم. فإن لم يعلم أسمى الذابح أم لا؟ أو ذكر اسم غير الله أم لا؟ فذبيحته حلال؛ لأن الله تعالى أباح لنا أكل ما ذبحه المسلم والكتابي، وقد علم أننا لا نقف على كل ذابح.

وقد روي عن عائشة - رضي الله عنها - «أنهم قالوا: يا رسول الله، إن قوما حديثو عهد بشرك، يأتوننا بلحم لا ندري أذكروا اسم الله عليه أم لم يذكروا؟ قال: سموا أنتم، وكلوا» . أخرجه البخاري.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩١/٩

[فصل ذبح الكتابي ما حرم الله عليه مثل كل ذي ظفر]

(٧٧٧٥) فصل: وإذا ذبح الكتابي ما حرم الله عليه، مثل كل ذي ظفر. قال قتادة: هي الأيل والنعام والبط، وما ليس بمشقوق الأصابع. أو ذبح دابة لها شحم محرم عليه، فظاهر كلام أحمد والخرقي إباحته؛ فإن أحمد حكى عن مالك، في اليهودي يذبح الشاة، قال: لا يأكل من شحمها.

قال أحمد: هذا مذهب دقيق. وظاهر هذا أنه لم يره صحيحا. وهذا اختيار ابن حامد، وأبي الخطاب. وذهب أبو الحسن التميمي، والقاضي، إلى تحريمها. وحكاه التميمي عن الضحاك، ومجاهد، وسوار. وهو قول مالك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ [المائدة: ٥] . وليس هذا من طعامهم.

ولأنه جزء من البهيمة، لم يبح لذابحها، فلم يبح لغيره، كالدم. ولنا، ما روى عبد الله بن مغفل «، قال: دلي جراب من شحم من قصر خيبر، فنزوت لآخذه، فإذا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يتبسم إلي» . متفق عليه. ولأنها ذكاة أباحت اللحم والجلد، فأباحت الشحم، كذكاة المسلم.

والآية حجة لنا؛ فإن معنى طعامهم ذبائحهم، كذلك فسره العلماء، و قياسهم ينتقض بما ذبحه الغاصب.

(٧٧٧٦) فصل: وإن ذبح شيئا يزعم أنه محرم عليه، ولم يثبت أنه محرم عليه، فهو حلال؛ لعموم الآية. وقوله: إنه حرام. غير مقبول.

[مسألة ذبيحة الأخرس]

(٧٧٧٧) مسألة؛ قال: (فإن كان أخرس، أومأ إلى السماء) قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على إباحة ذبيحة الأخرس؛ منهم الليث، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. وهو قول الشعبي، وقتادة، والحسن بن صالح.

إذا ثبت هذا فإنه يشير إلى السماء؛ لأن." (١)

"ولا يحرم عليه شيء أحله الله له، حتى ينحر الهدي. متفق عليه. وقال أبو حنيفة: لا يكره ذلك؛ لأنه لا يحرم عليه الوطء واللباس، فلا يكره له حلق الشعر، وتقليم الأظفار، كما لو لم يرد أن يضحي. ولنا ما روت أم سلمة، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا دخل العشر، وأراد أحدكم أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٣/٩

يضحي، فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره شيئا، حتى يضحي» . رواه مسلم ومقتضى النهي التحريم، وهذا يرد ال قياس ويبطله، وحديثهم عام، وهذا خاص يجب تقديمه، بتنزيل العام على ما عدا ما تناوله الحديث الخاص؛ ولأنه يجب حمل حديثهم على غير محل النزاع لوجوه؛ منها أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يكن ليفعل ما نهى عنه وإن كان مكروها، قال الله تعالى إخبارا عن شعيب ﴿وما أريد أن أخالفكم إلى ما أنهاكم عنه﴾ [هود: ٨٨] .

ولأن أقل أحوال النهي أن يكون مكروها، ولم يكن النبي - صلى الله عليه وسلم - ليفعله، فيتعين حمل ما فعله في حديث عائشة على غيره؛ ولأن عائشة تعلم ظاهرا ما يباشرها به من المباشرة، أو ما يفعله دائما، كاللباس والطيب، فأما ما يفعله نادرا، كقص الشعر، وقلم الأظفار، مما لا يفعله في الأيام إلا مرة، فالظاهر أنها لم ترده بخبرها، وإن احتمل إرادتها إياه، فهو احتمال بعيد، وما كان هكذا، فاحتمال تخصيصه قريب، فيكفي فيه أدنى دليل، وخبرنا دليل قوي، فكان أولى بالتخصيص؛ ولأن عائشة تخبر عن فعله وأم سلمة عن قوله، والقول يقدم على الفعل؛ لاحتمال أن يكون فعله خاصا له.

إذا ثبت هذا، فإنه يترك قطع الشعر وتقليم الأظفار، فإن فعل استغفر الله تعالى. ولا فدية فيه إجماعا، سواء فعله عمدا أو نسيانا.

[مسألة تجزئ البدنة عن سبعة وكذلك البقرة في الأضحية]

(٧٨٥٤) مسألة: قال: (وتجزئ البدنة عن سبعة، وكذلك البقرة) وهذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن علي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة - رضي الله عنهم -، وبه قال عطاء وطاوس وسالم والحسن وعمرو بن دينار والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وعن عمر، أنه قال: لا تجزئ نفس واحدة عن سبعة. ونحوه قول مالك. قال أحمد: ما علمت أحدا إلا يرخص في ذلك، إلا ابن عمر. وعن سعيد بن المسيب، أن الجزور عن عشرة، والبقرة عن سبعة. وبه قال إسحاق؛ لما روى رافع، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قسم فعدل عشرة من الغنم ببعير. متفق عليه.

وعن ابن عباس، قال: كنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في سفر، فحضر الأضحى، فاشتركنا في الجزور عن عشرة، والبقرة عن سبعة. رواه ابن ماجه.

ولنا ما روى جابر، قال: نحرنا بالحديبية مع النبي - صلى الله عليه وسلم - البدنة عن سبعة، والبقرة." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٧/٩

"[مسألة أوجب الأضحية فكانت ناقصة]

(٧٨٧٤) مسألة؛ قال: ولو أوجبها ناقصة، ذبحها، ولم تجزئه يعني إذا كانت ناقصة نقصا يمنع الإجزاء فأوجبها، وجب عليه ذبحها؛ لأن إيجابها كالنذر لذبحها، فيلزمه الوفاء به، ولأن إيجابها كنذر هدي من غير بهيمة الأنعام، فإنه يلزمه الوفاء به، ولا يجزئه عن الأضحية الشرعية ولا تكون أضحية؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (أربع لا تجزئ في الأضاحي) . ولكنه يذبحها، ويثاب على ما يتصدق به منها، كما يثاب على الصدقة بما لا يصلح أن يكون هديا، وكما لو أعتق عن كفارته عبدا لا يجزئ في الكفارة، إلا أنه هاهنا لا يلزمه بدلها؛ لأن الأضحية في الأصل غير واجبة، ولم يوجد منه ما يوجبها. وإن كانت الأضحية واجبة عليه، مثل من نذر أضحية في ذمته، أو أتلف أضحيته التي أوجبها، لم تجزئه هذه عما في ذمته.

فإن زال عيبها، كأن كانت عجفاء فزال عجفها، أو مريضة فبرأت، أو عرجاء فزال عرجها، فقال القاضي: قياس المذهب أنها تجزئ،. وقال أصحاب الشافعي: لا تجزئ؛ لأن الاعتبار بحال إيجابها، ولأن الزيادة فيها كانت للمساكين، كما أن نقصها بعد إيجابها عليهم لا يمنع من كونها أضحية. ولنا، أن هذه أضحية يجزئ مثلها، فتجزئ، كما لو لم يوجبها إلا بعد زوال عينها.

[مسألة لا تباع أضحية الميت في دينه]

(٧٨٧٥) مسألة؛ قال: ولا تباع أضحية الميت في دينه، ويأكلها ورثته يعني إذا أوجب أضحية ثم مات، لم يجز بيعها، وإن كان على الميت دين لا وفاء له. وبهذا قال أبو ثور، ويشبه مذهب الشافعي. وقال الأوزاعي: إن ترك دينا لا وفاء له إلا منها، بيعت فيه. وقال مالك: إن تشاجر الورثة فيها باعوها. ولنا، أنه تعين ذبحها، فلم يصح بيعها في دينه، كما لو كان حيا. إذا ثبت هذا، فإن ورثته يقومون مقامه في الأكل والصدقة والهدية؛ لأنهم يقومون مقام موروثهم فيما له وعليه.

[فصل هل تجوز التضحية عن اليتيم من ماله]

(٧٨٧٦) فصل: واختلفت الرواية، هل تجوز التضحية عن اليتيم من ماله؟ فروي أنه ليس للولي ذلك؛ لأنه إخراج شيء من ماله بغير عوض، فلم يجز، كالصدقة والهدية. وهذا مذهب الشافعي وروي أن للولي أن يضحي عنه إذا كان موسرا. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك. قال مالك: إذا كان له ثلاثون دينارا، يضحي عنه

بالشاة، بنصف دينار؛ لأنه إخراج مال يتعلق بيوم العيد، فجاز إخراجه من مال اليتيم كصدقة الفطر. فعلى هذا،." (١)

"[مسألة متى تذبح العقيقة]

(٧٨٩٨) مسألة؛ قال ويذبح يوم السابع قال أصحابنا: السنة أن تذبح يوم السابع، فإن فات ففي أربع عشرة، فإن فات ففي إحدى وعشرين. ويروى هذا عن عائشة. وبه قال إسحاق. وعن مالك، في الرجل يريد أن يعق عن ولده، فقال: ما علمت هذا من أمر الناس، وما يعجبني. ولا نعلم خلافا بين أهل العلم القائلين بمشروعيتها في استحباب ذبحها يوم السابع. والأصل فيه حديث سمرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «كل غلام رهينة بعقيقته، تذبح عنه يوم سابعه، ويسمى فيه، ويحلق رأسه» . وأما كونه في أربع عشرة، ثم في أحد وعشرين، فالحجة فيه قول عائشة – رضي الله عنها – وهذا تقدير، الظاهر أنها لا تقوله إلا توقيفا.

وإن ذبح قبل ذلك أو بعده، أجزأه؛ لأن المقصود يحصل. وإن تجاوز أحدا وعشرين، احتمل أن يستحب في كل سابع، فيجعله في ثمانية وعشرين، فإن لم يكن، ففي خمسة وثلاثين، وعلى هذا، قياسا على ما قبله، واحتمل أن يجوز في كل وقت؛ لأن هذا قضاء فائت، فلم يتوقف، كقضاء الأضحية وغيرها. وإن لم يعق أصلا، فبلغ الغلام، وكسب، فلا عقيقة عليه. وسئل أحمد عن هذه المسألة، فقال: ذلك على الوالد. يعني لا يعق عن نفسه؛ لأن السنة في حق غيره. وقال عطاء، والحسن: يعق عن نفسه؛ لأنها مشروعة عنه ولأنه مرتهن بها، فينبغي أن يشرع له فكاك نفسه. ولنا، أنها مشروعة في حق الوالد، فلا يفعلها غيره، كالأجنبي، وكصدقة الفطر.

[فصل يستحب أن يحلق رأس الصبي يوم السابع ويسمى]

(٧٨٩٩) فصل: ويستحب أن يحلق رأس الصبي يوم السابع، ويسمى؛ لحديث سمرة. وإن تصدق بزنة شعره فضة فحسن؛ لما روي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لفاطمة، لما ولدت الحسن: احلقي رأسه، وتصدقي بزنة شعره فضة على المساكين والأفاوض» . يعني أهل الصفة. رواه الإمام أحمد. وروى سعيد، في سننه، عن محمد بن علي، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عق عن الحسن والحسين بكبش كبش، وأنه تصدق بوزن شعورهما ورقا» ، وأن فاطمة كانت إذا ولدت ولدا، حلقت شعره، وتصدقت

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤٧

بوزنه ورقا.

وإن سماه قبل السابع، جاز لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «ولد الليلة لي غلام، فسميته باسم أبي إبراهيم.» وسمى الغلام الذي جاءه به أنس بن مالك، فحنكه وسماه عبد الله. ويستحب أن يحسن اسمه؛ لأنه روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم، وأسماء آبائكم، فأحسنوا أسماءكم» . وقال – عليه السلام – «أحب." (١)

"وجملته أن حكم العقيقة حكم الأضحية؛ في سنها، وأنه يمنع فيها من العيب ما يمنع فيها، ويستحب فيها من الصفة ما يستحب فيها. وكانت عائشة تقول: ائتوني به أعين أقرن.

وقال عطاء: لذكر أحب إلي من الأنثى، والضأن أحب من المعز. فلا يجزئ فيها أقل من الجذع من الضأن والثني من المعز، ولا تجوز فيها العوراء البين عورها، والعرجاء البين ظلعها، والمريضة البين مرضها، والعجفاء التي لا تنقى، والعضباء التي ذهب أكثر من نصف أذنها أو قرنها. وتكره فيها الشرقاء، والخرقاء، والمقابلة، والمدابرة، ويستحب استشراف العين والأذن، كما ذكرنا في الأضحية سواء؛ لأنها تشبهها، فتقاس عليها.

[مسألة سبيل العقيقة في الأكل والهدية والصدقة]

(٧٩٠٢) مسألة؛ قال: وسبيلها في الأكل والهدية والصدقة سبيلها، إلا أنها تطبخ أجدالا. وبهذا قال الشافعي. وقال ابن سيرين: اصنع بلحمها كيف شئت. وقال ابن جريج: تطبخ بماء وملح، وتهدى الجيران والصديق، ولا يتصدق منها بشيء، وسئل أحمد عنها، فحكى قول ابن سيرين. وهذا يدل على أنه ذهب إليه. وسئل هل يأكلها كلها؟ قال: لم أقل يأكلها كلها، ولا يتصدق منها بشيء. والأشبه قياسها على الأضحية؛ لأنها نسيكة مشروعة غير واجبة، فأشبهت الأضحية، ولأنها أشبهتها في صفاتها وسنها وقدرها وشروطها، فأشبهتها في مصرفها.

وإن طبخها، ودعا إخوانه فأكلوها، فحسن. ويستحب أن تفصل أعضاؤها، ولا تكسر عظامها؛ لما روي عن عائشة، أنها قالت: السنة شاتان مكافئتان عن الغلام، وعن الجارية شاة، تطبخ جدولا، ولا يكسر عظم، يأكل، ويطعم، ويتصدق، وذلك يوم السابع. قال أبو عبيد الهروي في العقيقة تطبخ جدولا، لا يكسر لها عظم. أي عضوا عضوا، وهو الجدل، بالدال غير المعجمة، والإرب، والشلو، والعضو والوصل، كله واحد. وإنما فعل بها ذلك؛ لأنها أول ذبيحة ذبحت عن المولود، فاستحب فيها ذلك تفاؤلا بالسلامة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٦١

كذلك قالت عائشة. وروي أيضا عن عطاء، وابن جريج. وبه قال الشافعي.

[فصل يباع في الأضحية الجلد والرأس والسقط يتصدق به]

(٧٩٠٣) فصل: قال أحمد: يباع الجلد والرأس والسقط، يتصدق به. وقد نص في الأضحية على خلاف هذا، وهو أقيس في مذهبه؛ لأنها ذبيحة لله، فلا يباع منها شيء، كالهدي، ولأنه تمكن الصدقة بذلك بعينه، فلا حاجة إلى بيعه. وقال أبو الخطاب: يحتمل أن ينقل حكم إحداهما إلى الأخرى، فيخرج في المسألتين روايتان، ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن الأضحية ذبيحة شرعت يوم النحر، فأشبهت الهدي، والعقيقة شرعت عند سرور حادث، وتجدد نعمة، فأشبهت الذبيحة في الوليمة، ولأن الذبيحة هاهنا لم تخرج عن ملكه، فكان له أن يفعل بها ما شاء، من بيع وغيره، والصدقة بثمن ما بيع منها بمنزلة الصدقة به في فضلها، وثوابها، وحصول النفع به، فكان له ذلك." (١)

"ولنا «، أن عمر – رضي الله عنه – نذر في الجاهلية أن يعتكف في المسجد الحرام، فأمره النبي – صلى الله عليه وسلم – بالوفاء بنذره» . ولأنه من أهل القسم، بدليل قوله تعالى: ﴿فيقسمان بالله﴾ [المائدة: ١٠٦] . ولا نسلم أنه غير مكلف، وإنما تسقط عنه العبادات بإسلامه؛ لأن الإسلام يجب ما قبله، فأما ما يلزمه بنذره أو يمينه، فينبغي أن يبقى حكمه في حقه؛ لأنه من جهته.

[فصل الحلف بغير الله تعالى وصفاته]

(٧٩٤٢) فصل: ولا يجوز الحلف بغير الله تعالى، وصفاته، نحو أن يحلف بأبيه، أو الكعبة، أو صحابي، أو إمام قال الشافعي: أخشى أن يكون معصية. قال ابن عبد البر: وهذا أصل مجمع عليه. وقيل: يجوز ذلك؛ لأن الله تعالى أقسم بمخلوقاته، فقال: ﴿والصافات صفا﴾ [الصافات: ١] . ﴿والمرسلات عرفا﴾ [المرسلات: ١] . ﴿والنازعات غرقا﴾ [النازعات: ١] . «وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – للأعرابي السائل عن الصلاة: أفلح، وأبيه، إن صدق» . وقال في حديث أبي العشراء: «وأبيك لو طعنت في فخذها لأجزأك» .

ولنا، ما روى عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أدركه وهو يحلف بأبيه، فقال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، من كان حالفا فليحلف بالله، أو ليصمت» . قال عمر:

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٦٣

فما حلفت بها بعد ذلك، ذاكرا ولا آثرا متفق عليه. يعني ولا حاكيا لها عن غيري. وعن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من حلف بغير الله، فقد أشرك» . قال الترمذي: هذا حديث حسن. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من حلف باللات والعزى فليقل: لا إله إلا الله» وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من حلف بملة غير الإسلام كاذبا، فهو كما قال» . متفق عليه.

وفي لفظ: «من حلف إنه بريء من الإسلام، فإن كان قد كذب، فهو كما قال، وإن كان صادقا، لم يرجع إلى الإسلام سالما» . رواه أبو داود. فأما قسم الله بمصنوعاته، فإنما أقسم به دلالة على قدرته وعظمته، ولله - تعالى - أن يقسم بما شاء من خلقه، ولا وجه لل قياس على إقسامه. وقد قيل: إن في إقسامه إضمار القسم برب هذه المخلوقات، فقوله: ﴿والضحى﴾ [الضحى: ١] . أي ورب الضحى.." [١]

"غير قاصد للمخالفة، فلم يحنث، كالنائم والمجنون. ولأنه أحد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد، كحالة الابتداء بها. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه يحنث في الجميع، وتلزمه الكفارة في اليمين المكفرة. وهو قول سعيد بن جبير، ومجاهد، والزهري، وقتادة، وربيعة، ومالك، وأصحاب الرأي، والقول الثاني للشافعي؛ لأنه فعل ما حلف عليه قاصدا لفعله، فلزمه الحنث، كالذاكر، وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق.

ولنا، على أن الكفارة لا تجب في اليمين المكفرة، ما تقدم، ولأنها تجب لرفع الإثم، ولا إثم على الناسي. وأما الطلاق والعتاق، فهو معلق بشرط، فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال: أنت طالق، إن طلعت الشمس، أو قدم الحاج.

[فصل فعله غير عالم بالمحلوف عليه الحلف]

(٧٩٤٨) فصل: وإن فعله غير عالم بالمحلوف عليه، كرجل حلف لا يكلم فلانا، فسلم عليه يحسبه أجنبيا، أو حلف إنه لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه، فأعطاه قدر حقه، ففارقه ظنا منه أنه قد بر، فوجد ما أخذه رديئا، أو حلف: لا بعت لزيد ثوبا. فوكل زيد من يدفعه إلى من يبيعه، فدفعه إلى الحالف، فباعه من غير علمه، فهو كالناسي؛ لأنه غير قاصد للمخالفة، أشبه الناسي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٨/٩

[فصل المكره على الفعل]

(٧٩٤٩) فصل: والمكره على الفعل ينقسم قسمين؛ أحدهما: أن يلجأ إليه، مثل من يحلف لا يدخل دارا، فحمل فأدخلها. أو لا يخرج منها، فأخرج محمولا، أو مدفوعا بغير اختياره، ولم يمكنه الامتناع. فهذا لا يحنث في قول أكثرهم. وبه قال أصحاب الرأي. وقال مالك: إن دخل مربوطا، لم يحنث. وذلك لأنه لم يفعل الدخول والخروج، فلم يحنث، كما لو لم يوجد ذلك.

الثاني أن يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه، فقال أبو الخطاب: فيه روايتان، كالناسي. وللشافعي قولان. وقال مالك، وأبو حنيفة: يحنث؛ لأن الكفارة لا تسقط بالشبهة، فوجب مع الإكراه والنسيان، ككفارة الصيد.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» . ولأنه نوع إكراه، فلم يحنث به، كما لو حمل ولم يمكنه الامتناع، ولأن الفعل لا ينسب إليه، فأشبه من لم يفعله، ولا نسلم الكفارة في الصيد، بل إنما تجب على المكره. والله أعلم.

[مسألة حلف على شيء وهو يعلم أنه كاذب]

(٧٩٥٠) مسألة؛ قال: (ومن حلف على شيء، وهو يعلم أنه كاذب، فلا كفارة عليه؛ لأن الذي أتى به أعظم من أن تكون فيه الكفارة) . هذا ظاهر المذهب، نقله الجماعة عن أحمد. وهو قول أكثر أهل العلم، منهم؛ ابن مسعود، وسعيد بن المسيب، والحسن، ومالك، والأوزاعي، والثوري، والليث، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الحديث، وأصحاب الرأي من أهل الكوفة. وهذه اليمين تسمى يمين الغموس؛ لأنها تغمس صاحبها في الإثم.

قال ابن مسعود: كنا نعد من اليمين التي لا كفارة لها، اليمين الغموس. وعن سعيد بن المسيب، قال: هي من الكبائر، وهي أعظم من أن تكفر. وروي عن أحمد، أن فيها الكفارة. وروي ذلك عن عطاء، والزهري، والحكم، والبتي. وهو قول الشافعي؛ لأنه وجدت منه اليمين بالله تعالى، والمخالفة مع القصد، فلزمته الكفارة، كالمستقبلة.

ولنا، أنها يمين غير منعقدة، فلا توجب الكفارة، كاللغو، أو يمين على ماض، فأشبهت اللغو، وبيان كونها غير منعقدة، أنها لا توجب برا، ولا يمكن فيها؛ ولأنه قارنها ما ينافيها، وهو الحنث، فلم تنعقد، كالنكاح الذي قارنه الرضاع، ولأن الكفارة لا ترفع إثمها، فلا تشرع فيها، ودليل ذلك أنها كبيرة، فإنه يروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من الكبائر الإشراك بالله، وعقوق الوالدين، وقتل النفس، واليمين

الغموس» . رواه البخاري، وروي فيه: «خمس من الكبائر لا كفارة لهن؛ الإشراك بالله، والفرار من الزحف، وبهت المؤمن، وقتل المسلم بغير حق، والحلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال امرئ مسلم» . ولا يصح ال قياس على المستقبلة؛ لأنها يمين منعقدة، يمكن حلها والبر فيها، وهذه غير منعقدة، فلا حل لها.
وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فليكفر عن يمينه، وليأت الذي هو خير» . يدل على أن الكفارة إنما تجب بالحلف على فعل يفعله فيما يستقبله. قاله ابن المنذر.

[مسألة الكفارة إنما تلزم من حلف يريد عقد اليمين]

(٧٩٥١) مسألة؛ قال: (والكفارة إنما تلزم من حلف يريد عقد اليمين) وجملته أن اليمين التي تمر على لسانه في عرض حديثه، من غير قصد إليها، لا كفارة فيها، في قول أكثر أهل العلم؛ لأنها من لغو اليمين. نقل عبد الله، عن أبيه، أنه قال: اللغو عندي أن يحلف على اليمين، يرى أنها كذلك، والرجل يحلف فلا يعقد قلبه على شيء.
وممن قال: إن اللغو اليمين التي لا يعقد عليها قلبه؛ عمر، وعائشة - رضي الله عنهما -. وبه قال عطاء، والقاسم، وعكرمة، والشعبي، والشافعي؛ لما روي عن عطاء، قال: قالت عائشة: إن." [١]

"وإن قال: والعهد والميثاق لأفعلن. ونوى عهد الله، كان يمينا؛ لأنه نوى الحلف بصفة من صفات الله - تعالى. وإن أطلق، فقال القاضي: فيه روايتان؛ إحداهما يكون يمينا؛ لأن لام التعريف إن كانت للعهد، يجب أن تنصرف إلى عهد الله؛ لأنه الذي عهدت اليمين به، وإن كانت للاستغراق، دخل فيه ذلك والثانية، لا يكون يمينا؛ لأنه يحتمل غير ما وجبت به الكفارة، ولم يصرفه إلى ذلك بنيته، فلا تجب الكفارة؛ لأن الأصل عدمها.

[مسألة الحلف بالخروج من الإسلام]

(٧٩٦٦) مسألة؛ قال: (أو بالخروج من الإسلام) اختلفت الرواية عن أحمد، في الحلف بالخروج من الإسلام، مثل أن يقول: هو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، إن فعل كذا أو: هو بريء من الإسلام، أو من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أو من القرآن، إن فعل. أو يقول: هو يعبد الصليب، أو يعبدك، أو يعبد غير الله - تعالى، إن فعل. أو نحو هذا، فعن أحمد: عليه الكفارة إذا حنث. يروى هذا عن عطاء،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٩٦

وطاوس، والحسن، والشعبي، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. ويروى ذلك عن زيد بن ثابت - رضي الله عنه -.

والرواية الثانية: لا كفارة عليه. وهو قول مالك، والشافعي، والليث، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأنه لم يحلف باسم الله، ولا صفته، فلم تلزمه كفارة، كما لو قال: عصيت الله فيما أمرني. ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الرواية الأولى على الندب، دون الإيجاب؛ لأنه قال، في رواية حنبل: إذا قال: أكفر بالله، أو أشرك بالله. فأحب إلي أن يكفر كفارة يمين إذا حنث.

ووجه الرواية الأولى، ما روي عن الزهري، عن خارجة بن زيد، عن أبيه، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه سئل عن الرجل يقول: هو يهودي، أو نصراني، أو مجوسي، أو بريء من الإسلام. في اليمين يحلف بها، فيحنث في هذه الأشياء، فقال: «عليه كفارة يمين» . أخرجه أبو بكر. ولأن البراءة من هذه الأشياء توجب الكفر ب الله، فكان الحلف يمينا، كالحلف بالله - تعالى.

والرواية الثانية أصح، إن شاء الله - تعالى، فإن الوجوب من الشارع، ولم يرد في هذه اليمين نص، ولا هي في قياس المنصوص، فإن الكفارة إنما وجبت في الحلف باسم الله تعظيما لاسمه، وإظهارا لشرفه وعظمته، ولا تتحقق التسوية.

[فصل قال هو يستحل الخمر والزنى إن فعل ثم حنث]

(٧٩٦٧) فصل: وإن قال: هو يستحل الخمر والزنى إن فعل. ثم حنث، أو قال: هو يستحل ترك الصلاة أو الصيام." (١)

"أو الزكاة. فهو كالحلف بالبراءة من الإسلام؛ لأن استحلال ذلك يوجب الكفر. وإن قال: عصيت الله فيما أمرني، أو في كل ما افترض علي، أو محوت المصحف، أو أنا أسرق، أو أقتل النفس التي حرم الله إن فعلت. وحنث، لم تلزمه كفارة؛ لأن هذا دون الشرك، وإن قال: أخزاه الله، أو أقطع يده، أو لعنه الله، إن فعل. ثم حنث، فلا كفارة عليه. نص عليه أحمد.

وبهذا قال عطاء، والثوري، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي. وقال طاوس، والليث: عليه كفارة. وبه قال الأوزاعي إذا قال: عليه لعنة الله. ولنا، أن هذا لا يوجب الكفر، فأشبه ما لو قال: محوت المصحف. وإن قال: لا يراني الله في موضع كذا إن فعلت. وحنث. فقال القاضي: عليه كفارة. وذكر أن أحمد نص عليه. والصحيح

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٧

أن هذا لا كفارة فيه؛ لأن إيجابها في هذا ومثله تحكم بغير نص، ولا قياس صحيح.

[فصل الحلف بالبراءة من الإسلام]

(٧٩٦٨) فصل: ولا يجوز الحلف بالبراءة من الإسلام؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «من قال: إني بريء من الإسلام. فإن كان كاذبا، فهو كما قال، وإن كان صادقا، لم يعد إلى الإسلام سالما» . رواه أبو داود.

[مسألة الحلف بتحريم مملوكه أو شيء من المال]

(٧٩٦٩) مسألة؛ قال: (أو بتحريم مملوكه، أو شيء من ماله) وجملته أنه إذا قال: هذا حرام علي إن فعلت. وفعل، أو قال: ما أحل الله علي حرام إن فعلت. ثم فعل، فهو مخير، إن شاء ترك ما حرمه على نفسه، وإن شاء كفر. وإن قال: هذا الطعام حرام علي. فهو كالحلف على تركه. ويروى نحو هذا عن ابن مسعود، والحسن، وجابر بن زيد، وقتادة، وإسحاق،، وأهل العراق.

وقال سعيد بن جبير، فيمن قال: الحل علي حرام: يمين من الأيمان، يكفرها. وقال الحسن: هي يمين، إلا أن ينوي طلاق امرأته. وعن إبراهيم مثله. وعنه: إن نوى طلاقا، وإلا فليس بشيء. وعن الضحاك، أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا: الحرام يمين طلاق. وقال طاوس: هو ما نوى. وقال مالك، والشافعي: ليس بيمين، ولا شيء عليه؛ لأنه قصد تغيير المشروع، فلغا ما قصده، كما لو قال هذه ربيبتي.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾ [التحريم: ١] إلى قوله ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم: ٢] . سمى تحريم ما أحل الله يمينا، وفرض له تحلة، وهي الكفارة. وقالت عائشة - رضي الله عنها - كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يمكث عند زينب بنت جحش، ويشرب عندها عسلا، فتواصيت أنا وحفصة، أن أيتنا دخل عليها النبي - صلى الله عليه وسلم - فلتقل: إني أجد منك ريح مغافير. فدخل على." (١)

"إحدانا، فقالت له ذلك، فقال: «لا، بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش، ولن أعود له» . فنزل: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضات أزواجك﴾ [التحريم: ١] . متفق عليه، فإن قيل: إنما نزلت الآية في تحريم مارية القبطية، كذلك قال الحسن، وقتادة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٨

قلنا: ما ذكرناه أصح؛ فإنه متفق عليه، وقول عائشة صاحبة القصة الحاضرة للتنزيل، المشاهدة للحال، أولى، والحسن وقتادة لو سمعا قول عائشة، لم يعدلا به شيئا، ولم يصيرا إلى غيره، فكيف يصار إلى قولهما، ويترك قولها؟ وقد روي عن ابن عباس، وابن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه جعل تحريم الحلال يمينا.

ولو ثبت أن الآية نزلت في تحريم مارية، كان حجة لنا؛ لأنها من الحلال الذي حرم، وليست زوجة، فوجوب الكفارة بتحريمها يقتضي وجوبه في كل حلال حرم، بال قياس عليها؛ لأنه حرم الحلال فأوجب الكفارة، كتحريم الأمة والزوجة، وما ذكروه يبطل بتحريمها. وإذا قال: هذه ربيبتي. يقصد تحريمها، فهو ظهار.

[مسألة أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله]

(٧٩٧٠) مسألة؛ قال: (أو يقول: أقسم بالله، أو أشهد بالله، أو أعزم بالله) هذا قول عامة الفقهاء، لا نعلم فيه خلافا، وسواء نوى اليمين، أو أطلق؛ لأنه لو قال: بالله. ولم يقل: أقسم، ولا أشهد، ولم يذكر الفعل، كان يمينا، وإنما كان يمينا بتقدير الفعل قبله؛ لأن الباء تتعلق بفعل مقدر، على ما ذكرناه، فإذا أظهر الفعل، ونطق بالمقدر، كان أولى بثبوت حكمه، وقد ثبت له عرف الاستعمال، قال الله تعالى: ﴿فيقسمان بالله﴾ [المائدة: ١٠٦] .

وقال تعالى: ﴿وأقسموا بالله﴾ [الأنعام: ١٠٩] . وقال: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين﴾ [النور: ٦] ويقول الملاعن في لعانه: أشهد بالله إني لمن الصادقين. وتقول المرأة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين. وأنشد أعرابي عمر

أقسم بالله لتفعلنه

وكذلك الحكم إن ذكر الفعل بلفظ الماضي، فقال: أقسمت بالله، أو شهدت بالله.

قال عبد الله بن." (١)

"ولنا، أن أمانة الله صفة له، بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها إذا نوى، ويجب حملها على ذلك عند الإطلاق، لوجوه؛ أحدها، أن حملها على غير ذلك صرف ليمين المسلم إلى المعصية، أو المكروه؛ لكونه قسما بمخلوق، والظاهر من حال المسلم خلافه.

والثاني، أن القسم في العادة يكون بالمعظم المحترم دون غيره، وصفة الله تعالى أعظم حرمة وقدرا. والثالث،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٩

أن ما ذكروه من الفرائض والودائع لم يعهد القسم بها، ولا يستحسن ذلك لو صرح به، فكذلك لا يقسم بما هو عبارة عنه.

الرابع، أن أمانة الله المضافة إليه، هي صفته، وغيرها يذكر غير مضاف إليه، كما ذكر في الآيات والخبر.

الخامس، أن اللفظ عام في كل أمانة الله؛ لأن اسم الجنس إذا أضيف إلى معرفة، أفاد الاستغراق، فيدخل فيه أمانة الله التي هي صفته، فتنعقد اليمين بها موجبة للكفارة، كما لو نواها.

[فصل نوى الحلف بأمانة الله]

(٧٩٧٥) فصل: فإن قال: والأمانة لا فعلت. ونوى الحلف بأمانة الله، فهو يمين مكفرة موجبة للكفارة. وإن أطلق، فعلى روايتين؛ إحداهما؛ يكون يمينا؛ لما ذكرنا من الوجوه.

والثانية، لا يكون يمينا؛ لأنه لم يضفها إلى الله – تعالى، فيحتمل غير ذلك. قال أبو الخطاب: وكذلك إذا قال: والعهد، والميثاق، والجبروت، والعظمة، والأمانات. فإن نوى يمينا كان يمينا، وإلا فلا. وقد ذكرنا في الأمانة روايتين، فيخرج في سائر ما ذكروه وجهان، قياسا عليها.

[فصل الحلف بأمانة الله]

(٧٩٧٦) فصل: ويكره الحلف بالأمانة؛ لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من حلف بالأمانة، فليس منا» . رواه أبو داود. وروي عن زياد بن حدير: أن رجلا حلف عنده بالأمانة، فجعل يبكي بكاء شديدا، فقال له الرجل: هل كان هذا يكره؟ قال: نعم، كان عمر ينهى عن الحلف بالأمانة أشد النهي.

[فصل تنعقد اليمين بالحلف بمخلوق كالكعبة]

(٧٩٧٧) فصل: ولا تنعقد اليمين بالحلف بمخلوق؛ كالكعبة، والأنبياء، وسائر المخلوقات، ولا تجب الكفارة بالحنث فيها. هذا ظاهر كلام الخرقي. وهو قول أكثر الفقهاء. وقال أصحابنا: الحلف برسول الله – صلى الله عليه وسلم – يمين موجبة للكفارة. وروي عن أحمد أنه قال: إذا حلف بحق رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فحنث، فعليه الكفارة.

قال أصحابنا: لأنه أحد شرطي الشهادة، فالحلف به موجب للكفارة، كالحلف باسم الله – تعالى. ووجه الأول، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من كان حالفا، فليحلف بالله، أو ليصمت» . ولأنه." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٣/٩

"حلف بغير الله، فلم يوجب الكفارة، كسائر الأنبياء، ولأنه مخلوق، فلم تجب الكفارة بالحلف به، كإبراهيم – عليه السلام – ولأنه ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص، ولا يصح قياس اسم غير الله على اسمه؛ لعدم الشبه، وانتفاء المماثلة. وكلام أحمد في هذا يحمل على الاستحباب دون الإيجاب.

[مسألة حلف بكل ألفاظ القسم كلها على شيء واحد فحنث]

(٧٩٧٨) مسألة؛ قال: (ولو حلف بهذه الأشياء كلها على شيء واحد، فحنث، فعليه كفارة واحدة) وجملته أنه إذا حلف بجميع هذه الأشياء التي ذكرها الخرقي، وما يقوم مقامها، أو كرر اليمين على شيء واحد، مثل إن قال: والله لأغزون قريشا، والله لأغزون قريشا، والله لأغزون قريشا. فحنث، فليس عليه إلا كفارة واحدة. روي نحو هذا عن ابن عمر.

وبه قال الحسن، وعروة، وإسحاق. وروي أيضا عن عطاء، وعكرمة، والنخعي، وحماد، والأوزاعي. وقال أبو عبيد، فيمن قال: علي عهد الله وميثاقه وكفالته. ثم حنث: فعليه ثلاث كفارات. وقال أصحاب الرأي: عليه بكل يمين كفارة، إلا أن يريد التأكيد والتفهيم. ونحوه عن الثوري، وأبي ثور. وعن الشافعي قولان، كالمذهبين. وعن عمرو بن دينار، إن كان في مجلس واحد كقولنا، وإن كان في مجالس كقولهم. واحتجوا بأن أسباب الكفارات تكررت، فتكرر الكفارات، كالقتل لآدمي، وصيد حرمي. ولأن اليمين الثانية مثل الأولى، فتقتضي ما تقتضيه.

ولنا، أنه حنث واحد أوجب جنسا واحدا من الكفارات، فلم يجب به أكثر من كفارة، كما لو قصد التأكيد والتفهيم. وقولهم: إنها أسباب تكررت. لا نسلمه؛ فإن السبب الحنث، وهو واحد، وإن سلمنا، فينتقض بما إذا تكرر الوطء في رمضان في أيام، وبالحدود إذا تكررت أسبابها، فإنها كفارات، وبما إذا قصد التأكيد، ولا يصح ال قياس على الصيد الحرمي؛ لأن الكفارة بدل، ولذلك تزداد بكبر الصيد، وتتقدر بقدره، فهي كدية القتيل، ولا على كفارة قتل الآدمي؛ لأنها أجريت مجرى البدل أيضا لحق الله – تعالى، لأنه لما أتلف آدميا عابدا لله تعالى، ناسب أن يوجد عبدا يقوم مقامه في العبادة، فلما عجز عن الإيجاد، لزمه إعتاق رقبة؛ لأن العتق إيجاد للعبد بتخليصه من رق العبودية وشغلها، إلى فراغ البال للعبادة بالحرية التي حصلت بالإعتاق.

ثم الفرق ظاهر، وهو أن السبب هاهنا تكرر بكماله وشروطه، وفي محل النزاع لم يوجد ذلك؛ لأن الحنث إما أن يكون هو السبب، أو جزءا منه، أو شرطا له، بدليل توقف الحكم على وجوده، وأيا ما كان، فلم يتكرر، فلم يجز الإلحاق ثم، وإن صح ال قياس، ف قياس كفارة اليمين على مثلها، أولى من قياسها

على القتل؛ لبعد ما بينهما.

[فصل حلف يمينا واحدة على أجناس مختلفة]

(٧٩٧٩) فصل: وإذا حلف يمينا واحدة على أجناس مختلفة، فقال: والله لا أكلت، ولا شربت، ولا لبست. فحنث في." (١)

"الجميع، فكفارة واحدة. لا أعلم فيه خلافا؛ لأن اليمين واحدة، والحنث واحد، فإنه بفعل واحد من المحلوف عليه يحنث، وتنحل اليمين. وإن حلف أيمانا على أجناس، فقال: والله لا أكلت، والله لا شربت، والله لا لبست. فحنث في واحدة منها، فعليه كفارة، فإن أخرجها ثم حنث في يمين أخرى، لزمته كفارة أخرى. لا نعلم في هذا أيضا خلافا؛ لأن الحنث في الثانية تجب به الكفارة بعد أن كفر عن الأولى، فأشبه ما لو وطئ في رمضان فكفر، ثم وطئ مرة أخرى. وإن حنث في الجميع قبل التكفير، فعليه في كل يمين كفارة.

هذا ظاهر كلام الخرقي. ورواه المروذي عن أحمد. وهو قول أكثر أهل العلم. وقال أبو بكر: تجزئه كفارة واحدة. ورواها ابن منصور عن أحمد. قال القاضي: وهي الصحيحة. وقال أبو بكر: ما نقله المروذي عن أحمد قول لأبي عبد الله، ومذهبه أن كفارة واحدة تجزئه.

وهو قول إسحاق؛ لأنها كفارات من جنس، فتداخلت، كالحدود من ج‍نس، وإن اختلفت محالها، بأن يسرق من جماعة، أو يزني بنساء. ولنا، أنهن أيمان لا يحنث في إحداهن بالحنث في الأخرى، فلم تتكفر إحداهما بكفارة الأخرى، كما لو كفر عن إحداهما قبل الحنث في الأخرى، وكالأيمان المختلفة الكفارة، وبهذا فارق الأيمان على شيء واحد؛ فإنه متى حنث في إحداهما كان حانثا في الأخرى، فإن كان الحنث واحدا، كانت الكفارة واحدة، وها هنا تعدد الحنث، فتعددت الكفارات، وفارق الحدود؛ فإنها وجبت للزجر، وتندرئ بالشبهات، بخلاف مسألتنا، ولأن الحدود عقوبة بدنية، فالموالاة بينها ربما أفضت إلى التلف، فاجتزئ بأحدها، وها هنا الواجب إخراج مال يسير، أو صيام ثلاثة أيام، فلا يلزم الضرر الكثير بالموالاة فيه، ولا يخشى منه التلف.

[مسألة حلف على شيء واحد بيمينين مختلفي الكفارة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥١٤

(٧٩٨٠) مسألة؛ قال: (ولو حلف على شيء واحد بيمينين مختلفي الكفارة، لزمته في كل واحدة من اليمينين كفارتها) هذا مثل الحلف بالله وبالظهار، وبعتق عبده، فإذا حنث، فعليه كفارة يمين، وكفارة ظهار، ويعتق العبد؛ لأن تداخل الأحكام إنما يكون مع اتحاد الجنس، كالحدود من جنس، والكفارات هاهنا أجناس، وأسبابها مختلفة، فلم تتداخل، كحد الزنى والسرقة والقذف والشرب.

[مسألة حلف بحق القرآن]

(٧٩٨١) مسألة؛ قال: (ومن حلف بحق القرآن، لزمته بكل آية كفارة يمين) نص على هذا أحمد. وهو قول ابن مسعود، والحسن. وعنه، أن الواجب كفارة واحدة. وهو قياس." [١]

"المذهب. ومذهب الشافعي، وأبي عبيد؛ لأن الحلف بصفات الله كلها، وتكرر اليمين بالله سبحانه، لا يوجب أكثر من كفارة واحدة، فالحلف بصفة واحدة من صفاته أولى أن تجزئه كفارة واحدة. ووجه الأول، ما روى مجاهد، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من حلف بسورة من القرآن، فعليه بكل آية كفارة يمين صبر، فمن شاء بر، ومن شاء فجر» . رواه الأثرم. ولأن ابن مسعود قال: عليه بكل آية كفارة يمين.

ولم نعرف مخالفا له في الصحابة، فكان إجماعا. قال أحمد: وما أعلم شيئا يدفعه. ويحتمل أن كلام أحمد، في كل آية كفارة، على الاستحباب لمن قدر عليه، فإنه قال: عليه بكل آية كفارة، فإن لم يمكنه فكفارة واحدة. ورده إلى واحدة عند العجز، دليل على أن ما زاد عليها غير واجب.

وكلام ابن مسعود أيضا يحمل على الاختيار، والاحتياط لكلام الله، والمبالغة في تعظيمه، كما أن عائشة أعتقت أربعين رقبة حين حلفت بالعهد، وليس ذلك بواجب، ولا يجب أكثر من كفارة؛ لقول الله - تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] . وهذه يمين، فتدخل في عموم الأيمان المنعقدة، ولأنها يمين واحدة، فلم توجب كفارات، كسائر الأيمان، ولأن إيجاب كفارات بعدد الآيات يفضي إلى المنع من البر والتقوى والإصلاح بين الناس؛ لأن من علم أنه بحنثه تلزمه هذه الكفارات كلها، ترك المحلوف عليه كائنا ما كان، وقد يكون برا وتقوى وإصلاحا، فتمنعه منه، وقد نهى الله - تعالى - عنه بقوله: ﴿ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس﴾ [البقرة: ٢٢٤] . وإن قلنا بوجوب كفارات بعدد الآيات، فلم يطق، أجزأته كفارة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٥/٩

واحدة. نص عليه أحمد.

[مسألة حلف بنحر ولده]

(٧٩٨٢) مسألة؛ قال: (وعن أبي عبد الله، فيمن حلف بنحر ولده روايتان؛ إحداهما، كفارة يمين، و ا لأخرى يذبح كبشا) اختلفت الرواية فيمن حلف بنحر ولده، نحو أن يقول: إن فعلت كذا، فلله علي أن أذبح ولدي. أو يقول: ولدي نحير إن فعلت كذا. أو نذر ذبح ولده مطلقا، غير معلق بشرط. فعن أحمد، عليه كفارة يمين. وهذا قياس المذهب؛ لأن هذا نذر معصية، أو نذر لجاج، وكلاهما يوجب الكفارة. وهو قول ابن عباس؛ فإنه روي عنه أنه قال لامرأة نذرت أن تذبح ابنها: لا تنحري ابنك، وكفري عن يمينك. والرواية الثانية، كفارته ذبح كبش، ويطعمه للمساكين. وهو قول أبي حنيفة.

ويروى ذلك عن ابن عباس أيضا؛ لأن نذر ذبح الولد جعل في الشرع كنذر ذبح شاة، بدليل أن الله – تعالى أمر إبراهيم بذبح ولده، وكان أمرا بذبح شاة، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يثبت نسخه، ودليل أنه أمر بذبح شاة، أن الله لا يأمر." (١)

"الذي هو خير، وكفرت عن يميني» رواه البخاري. ولأنه كفر بعد وجود السبب، فأجزأ، كما لو كفر بعد الجرح، وقبل الزهوق، والسبب هو اليمين بدليل قوله تعالى ﴿ذلك كفارة أيمانكم﴾ [المائدة: ٨٩] . وقوله سبحانه ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم: ٢] .

وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «وكفرت عن يميني وكفر عن يمينك» . وتسمية الكفارة كفارة اليمين، وبهذا ينفصل عما ذكروه، فإن الحنث شرط وليس بسبب، وتعجيل حق المال بعد وجود سببه وقبل وجود شرطه جائز، بدليل تعجيل الزكاة بعد وجود النصاب وقبل الحول، وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الزهوق. قال ابن عبد البر: العجب من أصحاب أبي حنيفة، أجازوا تقديم الزكاة من غير أن يرووا فيها مثل هذه الآثار الواردة في تقديم الكفارة، ويأبون تقديم الكفارة مع كثرة الرواية الواردة فيها، والحجة في السنة، ومن خالفها محجوج بها.

فأما أصحاب الشافعي فهم محجوجون ب ا لأحاديث، مع أنهم قد احتجوا بها في البعض، وخالفوها في البعض، وفرقوا بين ما جمع بينه النص ولأن الصيام نوع تكفير، فجاز قبل الحنث، كالتكفير بالمال، و قياس الكفارة على الكفارة أولى من قياسها على الصلاة المفروضة بأصل الوضع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥١٦

[فصل التكفير قبل اليمين]

(٧٩٩١) فصل: فأما التكفير قبل اليمين، فلا يجوز عند أحد من العلماء؛ لأنه تقديم للحكم قبل سببه، فلم يجز، كتقديم الزكاة قبل ملك النصاب، وكفارة القتل قبل الجرح.

[فصل التكفير قبل الحنث وبعده]

(٧٩٩٢) فصل والتكفير قبل الحنث وبعده سواء في الفضيلة. وقال ابن أبي موسى: بعده أفضل عند أحمد. وهو قول الشافعي، ومالك، والثوري؛ لما فيه من الخروج من الخلاف وحصول اليقين ببراءة الذمة. ولنا، أن الأحاديث الواردة فيه، فيها التقديم مرة والتأخير أخرى، وهذا دليل التسوية، ولأنه تعجيل مال يجوز تعجيله قبل وجوبه، فلم يكن التأخير أفضل، كتعجيل الزكاة وكفارة القتل، وما ذكروه معارض بتعجيل النفع للفقراء، والتبرع بما لم يجب عليه، وعلى أن الخلاف المخالف للنصوص لا يوجب تفضيل المجمع عليه، كترك الجمع بين الصلاتين.

[فصل كان الحنث في اليمين محظورا فعجل الكفارة قبله]

(٧٩٩٣) فصل: وإن كان الحنث في اليمين محظورا، فعجل الكفارة قبله، ففيه وجهان؛ أجل أحدهما تجزئه؛ لأنه عجل الكفارة بعد سببها، فأجزأته، كما لو كان الحنث مباحا.." [1]

"وقال القاضي: تنعقد موجبة للكفارة في الحال. وهذا قول أبي يوسف، والشافعي؛ لأنه حلف على فعل نفسه في المستقبل، ولم يفعل، كما لو حلف ليطلقن امرأته، فماتت قبل طلاقها، وبال قياس على المستحيل عادة، ولا فرق بين أن يعلم استحالته أو لا يعلم، مثل أن يحلف ليشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه، فالحكم واحد فيمن علم أنه لا ماء فيه، ومن لا يعلم. وإن حلف ليقتلن فلانا، وهو ميت، فهو كالمستحيل عادة؛ لأنه يتصور أن يحييه الله فيقتله، وتنعقد يمينه على قول أصحابنا. وإن حلف لأقتلن الميت. يعني في حال موته، فهو مستحيل عقلا، فيكون فيه من الخلاف ما قد ذكرناه.

[فصل قال والله ليفعلن فلان كذا فأحنثه ولم يفعل]

(٨٠١٥) فصل: فإن قال: والله ليفعلن فلان كذا، أو لا يفعل. أو حلف على حاضر، فقال: والله لتفعلن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٢١

كذا. فأحنثه، ولم يفعل، فالكفارة على الحالف. كذا قال ابن عمر، وأهل المدينة، وعطاء، وقتادة. والأوزاعي، وأهل العراق، والشافعي؛ لأن الحالف هو الحانث، فكانت الكفارة عليه، كما لو كان هو الفاعل لما يحنثه، ولأن سبب الكفارة إما اليمين، وإما الحنث، أو هما، وأي ذلك قدر فهو موجود في الحالف. وإن قال: أسألك بالله لتفعلن. وأراد اليمين، فهي كالتي قبلها.

وإن أراد الشفاعة إليه بالله فليس بيمين، ولا كفارة على واحد منهما. وإن قال: بالله لتفعلن. فهي يمين؛ لأنه أجاب بجواب القسم، إلا أن ينوي ما يصرفها، وإن قال بالله أفعل. فليست يمينا؛ لأنه لم يجبها بجواب القسم، ولذلك لا يصلح أن يقول: والله أفعل. ولا: بالله أفعل. وإنما صلح ذلك في التاء؛ لأنها لا تختص بالقسم فيدل على أنه سؤال، فلا تجب به كفارة. (٨٠١٦) فصل: وثبت أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بإبرار المقسم رواه البخاري وهذا، والله أعلم، على سبيل الندب، لا على سبيل الإيجاب؛ بدليل أن أبا بكر قال: أقسمت عليك يا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لتخبرني بما أصبت مما أخطأت.

فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – «لا تقسم يا أبا بكر» ولم يخبره. ولو وجب عليه إبراره لأخبره. ويحتمل أن يجب عليه إبراره، إذا لم يكن فيه ضرر، ويكون امتناع النبي – صلى الله عليه وسلم – من إبرار أبي بكر لما علم من الضرر فيه. وإن أجابه إلى صورة ما أقسم عليه دون معناه عند تعذر المعنى، فحسن؛ فإنه روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أن العباس جاءه برجل ليبايعه على الهجرة، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – «لا هجرة بعد الفتح» .

وقال العباس: أقسمت عليك يا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لتبايعنه. فوضع النبي – صلى الله عليه وسلم – يده في يده، وقال: «أبررت قسم عمي، ولا هجرة» . وأجابه إلى صورة المبايعة، دون ما قصد بيمينه.." (١)

"(٨٠٢٦) فصل: وكل من يمنع الزكاة من الغني والكافر، والرقيق يمنع أخذ الكفارة، وهل يمنع منها بنو هاشم؟ فيه وجهان أحدهما يمنعون منها، لأنها صدقة واجبة فمنعوا منها لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «إنا لا تحل لنا الصدقة» . و قياسا على الزكاة.

والثاني، لا يمنعون؛ لأنها لم تجب بأصل الشرع، فأشبهت صدقة التطوع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٣٥

[مسألة لم يصب إلا مسكينا واحدا في كفارة اليمين]

(٨٠٢٧) مسألة؛ قال (ومن لم يصب إلا مسكينا واحدا، ردد عليه في كل يوم تتمة عشرة أيام) وجملته أن المكفر لا يخلو من أن يجد المساكين بكمال عددهم، أولا يجدهم، فإن وجدهم، لم يجزئه إطعام أقل من عشرة في كفارة اليمين، ولا أقل من ستين في كفارة الظهار وكفارة الجماع في رمضان. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. وأجاز الأوزاعي دفعها إلى واحد. وقال أبو عبيد إن خص بها أهل بيت شديدي الحاجة، جاز، بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال للمجامع في رمضان، حين أخبره بشدة حاجته وحاجة أهله: (أطعمه عيالك) ولأنه دفع حق الله - تعالى - إلى من هو من أهل الاستحقاق، فأجزأه، كما لو دفع زكاته إلى واحد.

وقال أصحاب الرأي: يجوز أن يرددها على مسكين واحد في عشرة أيام، إن كانت كفارة يمين، أو في ستين إن كان الواجب إطعام ستين مسكينا، ولا يجوز دفعها إليه في يوم واحد. وحكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد؛ لأنه في كل يوم قد أطعم مسكينا ما يجب للمسكين، فأجزأ، كما لو أعطى غيره، ولأنه لو أطعم هذا المسكين من كفارة أخرى، أجزأه، فكذلك إذا أطعمه من هذه الكفارة. ولنا، قول الله - تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] .

ومن أطعم واحدا، فما أطعم عشرة، فما امتثل الأمر، فلا يجزئه، ولأن الله - تعالى - جعل كفارته إطعام عشرة مساكين، فإذا لم يطعم عشرة فما أتى بالكفارة، ولأن من لم يجز الدفع إليه في اليوم الأول، لم يجز في اليوم الثاني، مع اتفاق الحال، كالولد، فأما الواقع على أهله، فإنما أسقط الله - تعالى - الكفارة عنه، لعجزه عنها، فإنه لا خلاف في أن الإنسان لا يأكل كفارة نفسه، ولا يطعمها عائلته، وقد أمر بذلك." (١)

"أحدها، أن تكون مؤمنة. في ظاهر المذهب. وهو قول مالك، والشافعي، وأبي عبيد.

وعن أحمد، رواية أخرى، أن الذمية تجزئ. وهو قول عطاء، وأبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لقول الله - تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] وهذا مطلق، فتدخل فيه الكافرة. ولنا، أنه تحرير في كفارة، فلا يجزئ فيه الكافرة، ككفارة القتل، والجامع بينهما، أن الإعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه، وتكميل أحكامه وعبادته وجهاده، ومعونة المسلم، فناسب ذلك شرع إعتاقه في الكفارة، تحصيلا لهذه المصالح، والحكم مقرون بها في كفارة القتل المنصوص على الإيمان فيها، فيعلل بها، ويتعدى ذلك الحكم إلى كل تحرير في كفارة، فيختص بالمؤمنة، لاختصاصها بهذه الحكمة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٤٣

وأما المطلق الذي احتجوا به، فإنه يحمل على المقيد في كفارة القتل، كما حمل مطلق قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] . على المقيد في قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] . وإن لم يحمل عليه من جهة اللغة، حمل عليه من جهة ال قياس. الثاني، أن تكون قد صلت وصامت. وهذا قول الشعبي، ومالك، وإسحاق. قال القاضي: لا يجزئ من له دون السبع؛ لأنه لا تصح منه العبادات، في ظاهر كلام أحمد. وظاهر كلام الخرقي، المعتبر الفعل دون السن، فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام، ويتحقق منه الإتيان به بنيته وأركانه، فإنه يجزئ في الكفارة وإن كان صغيرا ولم يوجدا منه، لم يجزئ في الكفارة وإن كان كبيرا. وقال أبو بكر، وغيره من أصحابنا: يجوز إعتاق الطفل في الكفارة.

وهو قول الحسن، وعطاء، والزهري، والشافعي، وابن المنذر؛ لأن المراد بالإيمان هاهنا الإسلام؛ بدليل إعتاق الفاسق. قال الثوري المسلمون كلهم مؤمنون عندنا في الأحكام، ولا ندري ما هم عند الله. ولهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم، بقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ﴾ [النساء: ٩٢] . والصبي محكوم بإسلامه، يرثه المسلمون ويرثهم، ويدفن في مقابر المسلمين، ويغسل ويصلى عليه، وإن سبي منفردا عن أبويه أجزأه عتقه؛ لأنه محكوم بإسلامه، وكذلك إن سبي مع أحد أبويه، ولو كان أحد أبوي الطفل مسلما، والآخر كافرا، أجزأ إعتاقه؛ لأنه محكوم بإسلامه.

وقال القاضي، في موضع: يجزئ إعتاق الصغير في جميع الكفارات، إلا كفارة القتل؛ فإنها على روايتين. وقال إبراهيم النخعي ما كان في القرآن من رقبة مؤمنة، فلا يجزئ إلا ما صام وصلى، وما كان." (١)

"لله – تعالى، فإذا كان مطالبا بالدين، وجب تقديمه، كزكاة الفطر، فإن لم يكن مطالبا بالدين، فكلام أحمد يقتضي روايتين؛ إحداهما تجب الكفارة؛ لأنه لا يعتبر فيها قدر من المال، فلم تسقط بالدين، كزكاة الفطر. والثانية لا تجب؛ لأنها حق لله تعالى، يجب في المال فأسقطها الدين، كزكاة المال.

وهذا أصح؛ لأن حق الآدمي أولى بالتقديم، لشحه، وحاجته إليه، وفيه نفع للغريم، وتفريغ ذمة المدين، وحق الله – تعالى – مبني على المسامحة؛ لكرمه وغناه، ولأن الكفارة بالمال لها بدل، ودين الآدمي لا بدل له، ويفارق صدقة الفطر؛ لكونها أجريت مجرى النفقة ولهذا يتحملها الإنسان عن غيره، كالزوج عن امرأته وعائلته ورقيقه، ولا بدل لها، بخلاف الكفارة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٤٧

[فصل فإن كان له مال غائب أو دين يرجو وفاءه لم يكفر بالصيام]

(٨٠٥٨) فصل: فإن كان له مال غائب، أو دين يرجو وفاءه، لم يكفر بالصيام. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجزئه الصيام؛ لأنه غير واجد، فأجزأه الصيام، عملا بقوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة: ٨٩] .

و قياسا على المعسر، والدليل على أنه غير واجد أن المتمتع لو عدم الهدي في موضعه، انتقل إلى الصيام، ولو عدم الماء في موضعه، انتقل إلى التيمم، ولو عدم المظاهر المال في موضعه، انتقل إلى الصيام، والانتقال في هذه المواضع مشروط بعدم الوجدان، ولأنه غير متمكن من التكفير بالمال، أشبه هذه الأصول.

ولنا، أنه حق مال يجب على وجه الطهرة، فلم تمنع الغيبة وجوبه، كالزكاة، ولأنه غير مؤقت، ولا ضرر في تأخيره، فلم يسقط بغيبته، كالزكاة، وفارق الهدي؛ فإن له وقتا يفوت بالتأخير، والتيمم يفضي تأخيره إلى فوات الصلاة، وتأخير كفارة الظهار يفضي إلى ترك الوطء، وفيه ضرر، بخلاف مسألتنا، ولا نسلم عدم التمكن؛ ولهذا صح بيع الغائب، مع أن التمكن من التسليم شرط.

[مسألة من ملك رقبة تجزئ في الكفارة لا يجزئه الصيام]

(٨٠٥٩) مسألة؛ قال (ومن له دار لا غنى له عن سكناها، أو دابة يحتاج إلى ركوبها، أو خادم يحتاج إلى خدمته، أجزأه الصيام في الكفارة) وجملته أن الكفارة إنما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية، والسكنى من الحوائج الأصلية، وكذلك الدابة التي يحتاج إلى ركوبها؛ لكونه لا يطيق المشي فيما يحتاج إليه، أو لم تجر عادته به، وكذلك الخادم الذي يحتاج إلى خدمته لكونه ممن لا يخدم نفسه؛ لمرض، أو كبر، أو لم تجر عادته به، فهذه الثلاثة من الحوائج الأصلية لا تمنع التكفير بالصيام، ولا الزكاة من الأخذ والكفارة.." (١)

"أوجه؛ فمنهم من قال كقول الخرقي، ومنهم من قال كقول أبي بكر، ومنهم من قال: إن كان نصف الرقيق حرا، أجزأ؛ لأنه يحصل تكميل الأحكام، وإن كان رقيقا، لم يجز؛ لأنه لا يحصل.

ولنا، أن الأشقاص كالأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير، دليله الزكاة، ونعني به إذا كان له نصف ثمانين شاة مشاعا، وجبت الزكاة، كما لو ملك أربعين منفردة، وكالهدايا والضحايا إذا اشتركوا فيها.

والأولى أنه لا يجزئ إعتاق نصفين، إذا لم يكن الباقي بينهما حرا؛ لأن إطلاق الرقبة إنما ينصرف إلى إعتاق

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٥٩

الكاملة، ولا يحصل من الشقصين ما يحصل من الرقبة الكاملة من تكميل الأحكام، وتخليص الآدمي من ضرر الرق ونقصه، فلا يثبت به من الأحكام ما يثبت بإعتاق رقبة كاملة، ويمتنع قياس الشقصين على الرقبة الكاملة، ولهذا لو أمر إنسانا بشراء رقبة أو بيعها، أو بإهداء حيوان أو بالصدقة به، لم يكن له أن يشقصه، كذا هاهنا.

[مسألة أعتق نصف عبد وأطعم خمسة مساكين أو كساهم في كفارة اليمين]

مسألة؛ قال: (وإن أعتق نصف عبد، وأطعم خمسة مساكين، أو كساهم، لم يجزئه) لا نعلم في هذا خلافا، وذلك لأن مقصودهما مختلف متباين؛ إذ كان القصد من العتق تكميل الأحكام، وتخليص المعتق من الرق، والقصد من الإطعام والكسوة سد الخلة، وإبقاء النفس، بدفع المجاعة في الإطعام، وستر العورة، ودفع ضرر الحر والبرد في الكسوة، فلتقارب معناهما، واتحاد مصرفهما، جريا مجرى الجنس الواحد، فكملت الكفارة من أحدهما بالآخر، ولذلك سوي بين عددهما، ولتباعد مقصد العتق منهما، واختلاف مصرفهما، ومباينتهما له، لم يجريا مجرى الجنس الواحد، فلم يكمل به واحد منهما، ولذلك خالف عدده عددهما.

[فصل أطعم بعض المساكين أو كساهم في كفارة اليمين]

(٨٠٦٥) فصل: ولو أطعم بعض المساكين، أو كساهم، أو أعتق نصف عبد، ولم يكن له ما يتم به الكفارة، فصام عن الباقي، لم يجزئه؛ ولأنه بدل في الكفارة، فلم تكمل به، كسائر الأبدال مع مبدلاتها، ولأن الصوم من الطعام، والكسوة أبعد من العتق، فإذا لم يجز تكميل أحد نوعي المبدل من الآخر، فتكميله بالبدل أولى. فإن قيل: يبطل هذا بالغسل والوضوء مع التيمم. قلنا: التيمم لا يأتي ببعضه بدلا عن بعض الطهارة، وإنما يأتي به بكماله، وها هنا لو أتى بالصيام جميعه، أجزأه.

[مسألة شرع في الصوم ثم قدر على العتق أو الإطعام أو الكسوة]

(٨٠٦٦) مسألة؛ قال: (ومن دخل في الصوم، ثم أيسر، لم يكن عليه الخروج من الصوم إلى العتق، أو الإطعام، إلا أن يشاء)." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٦٢

"وإن كان سبب يمينه خشونة غزلها ورداءته لم يتعد بيمينه لبسه، والخلاف في هذه المسألة كالخلاف في التي قبلها، وقد دللنا على تعلق اليمين بما نواه، والسبب دليل على النية، فيتعلق اليمين به، وقد ثبت أن كلام الشارع إذا كان خاصا في شيء لسبب عام، تعدى إلى ما يوجد فيه السبب، كتنصيصه على تحريم التفاضل في أعيان ستة، أثبت الحكم في كل ما يوجد فيه معناها، كذلك في كلام الآدمي مثله، فأما إن كان اللفظ عاما والسبب خاصا، مثل من دعي إلى غداء فحلف لا يتغدى، أو حلف لا يقعد، فإن كانت له نية فيمينه على ما نوى وإن لم تكن له نية فكلام أحمد يقتضي روايتين؛ إحداهما، أن اليمين محمولة على العموم؛ لأن أحمد سئل عن رجل حلف أن لا يدخل بلدا، لظلم رآه فيه، فزال الظلم؟ فقال: النذر يوفي به. يعني لا يدخله.

ووجه ذلك أن لفظ الشارع إذا كان عاما، لسبب خاص، وجب الأخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب، كذلك يمين الحالف. وذكر القاضي فيمن حلف على زوجته أو عبده أن لا يخرج إلا بإذنه، فعتق العبد، وطلق الزوجة، وخرجا بغير إذنه، لا يحنث؛ لأن قرينة الحال تنقل حكم الكلام إلى نفسها، وإنما يملك منع الزوجة والعبد مع ولايته عليهما، فكأنه قال: ما دمتما في ملكي. ولأن السبب يدل على النية في الخصوص، كدلالته عليها في العموم ولو نوى الخصوص لاختصت يمينه به، فكذلك إذا وجد ما يدل عليها.

ولو حلف لعامل لا يخرج إلا بإذنه فعزل، أو حلف أن لا يرى منكرا إلا رفعه إلى فلان القاضي فعزل، ففيه وجهان، بناء على ما تقدم؛ أحدهما: لا تنحل اليمين بعزله. قال القاضي: هذا قياس المذهب؛ لأن اليمين إذا تعلقت بعين موصوفة، تعلقت بالعين وإن تغيرت الصفة. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. والوجه الآخر، تنحل اليمين بعزله. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنه لا يقال: رفعه إليه. إلا في حال ولايته. فعلى هذا إن رأى المنكر في ولايته، فأمكنه رفعه فلم يرفعه إليه حتى عزل، لم يبر برفعه إليه حال كونه معزولا. وهل يحنث بعزله؟ فيه وجهان؛ أحدهما، يحنث؛ لأنه قد فات رفعه إليه، فأشبه ما لو مات.

والثاني، لا يحنث؛ لأنه لم يتحقق فواته، لاحتمال أن يلي فيرفعه إليه، بخلاف ما إذا مات، فإنه يحنث؛ لأنه قد تحقق فواته، وإذا مات قبل إمكان رفعه إليه، حنث أيضا؛ لأنه قد فات فأشبه ما لو حلف ليضربن." (١)

"العادة لم تجر بالنقل فيها، ولو ذهب رحله أو أودعه أو أعاره وخرج، لم يحنث؛ لأن يده زالت عن المتاع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٦٧

وإن تردد إلى الدار لنقل المتاع، أو عائدا لمريض، أو زائرا لصديق، لم يحنث وقال القاضي: إن دخلها ومن رأيه الجلوس عنده، حنث، وإلا فلا. ولنا، أن هذا ليس بسكنى، ولذلك لو حلف ليسكنن دارا، لم يبر بالجلوس فيها؛ لأنه على هذا الوجه، ولا يسمى ساكنا به بهذا العذر، فلم يحنث به، كما لو لم ينو الجلوس.
وإن كان له في الدار امرأة أو عائلة، فأرادهم على الخروج معه، والانتقال عنها، فأبوا، ولم يمكنه إخراجهم، فخرج وتركهم، لم يحنث؛ لأن هذا مما لا يمكنه، فأشبه ما لم يمكنه نقله من رحله.

[فصل حلف لا يساكن فلانا]

(٨٠٧٨) فصل: وإن حلف لا يساكن فلانا، فالحكم في الاستدامة على ما ذكرنا في الحلف على السكنى. وإن انتقل أحدهما، وبقي الآخر، لم يحنث؛ لزوال المساكنة. وإن سكنا في دار واحدة، وكل واحد في بيت ذي باب وغلق، رجع إلى بيته بيمينه أو إلى سببها، وما دلت عليه قرائن أحواله في المحلوف على المساكنة فيه، فإن عدم ذلك كله، حنث. وهذا قول مالك.
وقال الشافعي: إن كانت الدار صغيرة، فهما متساكنان؛ لأن الصغيرة مسكن واحد، وإن كانت كبيرة، إلا أن أحدهما في البيت، والآخر في الصفة، أو كانا في صفتين أو بيتين ليس على أحدهما غلق، دون صاحبه، فهما متساكنان. وإن كانا في بيتين، كل واحد منهما له غلق، أو كانا في خان، فليسا متساكنين؛ لأن كل واحد منهما ينفرد بمسكنه دون الآخر، فأشبها المتجاورين كل واحد منهما ينفرد بمسكنه.
ولنا، أنهما في دار واحدة، فكانا متساكنين، كالصغيرة، وفارق المتجاورين في الدارين، فإنهما ليسا متساكنين، ويمينه على نفي المساكنة، لا على المجاورة. ولو كانا في دار واحدة حالة اليمين، فخرج أحدهما منها، وقسماها حجرتين، وفتحا لكل واحدة منهما بابا، وبينهما حاجز، ثم سكن كل واحد منهما في حجرة، لم يحنث؛ لأنهما غير متساكنين. وإن تشاغلا ببناء الحاجز بينهما، وهما متساكنان، حنث؛ لأنهما تساكنا قبل انفراد إحدى الدارين من الأخرى وهذا قول الشافعي. ولا نعلم فيه خلافا (٨٠٧٩) .
فصل: وإن حلف: لا ساكنت فلانا في هذه الدار. وقسماها حجرتين، وبنيا بينهما حائطا، وفتح كل واحد منهما لنفسه بابا، ثم سكنا فيهما، لم يحنث، لما ذكرنا في التي قبلها. وهذا قول الشافعي، وابن المنذر، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وقال مالك: لا يعجبني ذلك. ويحتمله قياس المذهب؛ لكونه عين الدار، فلا ينحل." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٧٠

"ولنا، أنه يمكنه ضربه في وقته، فلم يضربه، فحنث، كما لو مضى الغد قبل ضربه. السادسة، مات الحالف في غد، بعد التمكن من ضربه، فلم يضربه، حنث، وجها واحدا؛ لما ذكرنا. السابعة، ضربه في يومه، فإنه لا يبر. وهذا قول أصحاب الشافعي. وقال القاضي، وأصحاب أبي حنيفة: يبر؛ لأن يمينه للحث على ضربه، فإذا ضربه اليوم، فقد فعل المحلوف عليه وزيادة، فأشبه ما لو حلف ليقضينه حقه في غد، فقضاه اليوم.

ولنا، أنه لم يفعل المحلوف عليه في وقته، فلم يبر، كما لو حلف ليصومن يوم الجمعة، فصام يوم الخميس، وفارق قضاء الدين، فإن المقصود تعجيله لا غير، وفي قضاء اليوم زيادة في التعجيل، فلا يحنث فيها؛ لأنه علم من قصده إرادة أن لا يتجاوز غدا بالقضاء، فصار كالملفوظ به، إذ كان مبنى الأيمان على النية، ولا يصح قياس ما ليس بمثله عليه، وسائر المحلوفات لا تعلم منها إرادة التعجيل عن الوقت الذي وقته لها، فامتنع الإلحاق، وتعين التمسك باللفظ. الثامنة، ضربه بعد موته، لم يبر؛ لأن اليمين تنصرف إلى ضربه حيا، يتألم بالضرب، وقد زال هذا بالموت.

التاسعة، ضربه ضربا لا يؤلمه، لم يبر؛ لما ذكرناه. العاشرة، خنقه، أو نتف شعره، أو عصر ساقه، بحيث يؤلمه، فإنه يبر؛ لأنه يسمى ضربا؛ لما تقدم ذكرنا له. الحادية عشرة، جن العبد، فضربه، فإنه يبر؛ لأنه حي يتألم بالضرب، وإن لم يضربه، حنث. وإن حلف لا يضربه في غد، ففيه نحو من هذه المسائل. ومتى فات ضربه بموته أو غيره، لم يحنث؛ لأنه لم يضربه.

[فصل قال والله لأشربن ماء هذا الكوز غدا فاندفق اليوم]

(٨١٠٩) فصل: وإن قال: والله لأشربن ماء هذا الكوز غدا. فاندفق اليوم، أو: لآكلن هذا الخبز غدا. فتلف، فهو على نحو مما ذكرنا في العبد. قال صالح: سألت أبي عن الرجل يحلف أن يشرب هذا الماء، فانصب؟ قال: يحنث. وكذلك إن حلف أن يأكل هذا الرغيف، فأكله كلب؟ قال: يحنث؛ لأن هذا لا يقدر عليه.

[مسألة حلف أن لا يكلمه حينا فكلمه قبل الستة أشهر]

(٨١١٠) مسألة؛ قال: (ومن حلف أن لا يكلمه حينا، فكلمه قبل الستة أشهر، حنث) . وجملة ذلك أنه إذا حلف لا يكلمه حينا، فإن قيد ذلك بلفظه أو بنيته بزمن، تقيد به، وإن أطلقه، انصرف إلى ستة أشهر. روي ذلك عن ابن عباس. وهو قول أصحاب الرأي. وقال مجاهد، والحكم، وحماد، ومالك: هو سنة؛

لقوله الله تعالى: ﴿تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها﴾ [إبراهيم: ٢٥] . أي كل عام.
وقال." (١)

"العلم. ﴿وأذان من الله ورسوله﴾ [التوبة: ٣] . أي إعلام. ﴿فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾ [البقرة: ٢٧٩] . فاعلموا به.
واشتقاقه من الإذن، يعني أوقعته في إذنك، وأعلمتك به. ومع عدم العلم لا يكون إعلاما، فلا يكون إذنا، ولأن إذن الشارع في أوامره ونواهيه، لا يثبت إلا بعد العلم بها، كذلك إذن الآدمي، وعلى هذا يمنع وجود الإذن من جهته.

[فصل: حلف عليها أن لا تخرج من هذه الدار إلا بإذنه فصعدت سطحها]
(٨١٢٩) فصل: فإن حلف عليها أن لا تخرج من هذه الدار إلا بإذنه، فصعدت سطحها، أو خرجت إلى صحنها، لم يحنث، لأنها لم تخرج من الدار. وإن حلف لا تخرج من البيت، فخرجت إلى الصحن، أو إلى سطحه، حنث. وهذا مقتضى مذهب الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. ولو حلف على زوجته لا تخرج، ثم حملها فأخرجها، فإن أمكنها الامتناع فلم تمتنع، حنث. وقال الشافعي: لا يحنث؛ لأنها لم تخرج، إنما أخرجت.
ولنا، أنها خرجت مختارة، فحنث، كما لو أمرت من حملها، والدليل على خروجها، أن الخروج الانفصال من داخل إلى خارج، وقد وجد ذلك. وما ذكره يبطل بما إذا أمرت من حملها، فأما إن لم يمكنها الامتناع، فيحتمل أن لا يحنث. وهو قول أصحاب الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن الخروج لا ينسب إليها، فأشبه ما لو حملها غير الحالف. ويحتمل أن يحنث؛ لأنه مختار لفعل ما حلف على تركه. وإن حلف لا تخرجي إلا بإذن زيد، فمات زيد ولم يأذن، فخرجت، حنث الحالف؛ لأنه علقه على شرط، ولم يوجد، ولا يجوز فعل المشروط.

[مسألة: حلف أن لا يأكل هذا الرطب فأكله تمرا]
(٨١٣٠) مسألة؛ قال: (ولو حلف أن لا يأكل هذا الرطب، فأكله تمرا، حنث. وكذلك كل ما تولد من ذلك الرطب) وجملة ذلك أنه إذا حلف على شيء عينه بالإشارة، مثل أن حلف لا يأكل هذا الرطب، لم

---
(١) المغني لابن قدامة ٥٨٦/٩

يخل من حالين؛ أحدهما، أن يأكله رطبا، فيحنث، بلا خلاف بين الجميع؛ لكونه فعل ما حلف على تركه صريحا. الثاني: أن تتغير صفته، وذلك يقسم خمسة أقسام؛ أحدها، أن تستحيل أجزاؤه. ويتغير اسمه، مثل أن يحلف: لا أكلت هذه البيضة. فصارت فرخا. أو لا أكلت هذه الحنطة. فصارت زرعا فأكله، فهذا لا يحنث؛ لأنه زال واستحالت أجزاؤه.

وعلى قياسه، إذا حلف: لا شربت هذا الخمر. فصارت خلا، فشربه. القسم الثاني، تغيرت صفته، وزال اسمه، مع بقاء أجزائه، مثل أن يحلف: لا آكل هذا الرطب. فصار تمرا، ولا أكلم." (١)

"[فصل حلف لا يكلمه ثم وصل يمينه بكلامه]

(٨١٦٤) فصل: فإن حلف لا يكلمه. ثم وصل يمينه بكلامه، مثل أن قال: فتحقق ذلك، أو فاذهب. فقال أصحابنا: يحنث. وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يحنث بالقليل؛ لأن هذا تمام الكلام الأول، والذي يقتضيه يمينه أن لا يكلمه كلاما مستأنفا.

واحتج أصحابنا بأن هذا القليل كلام منه له حقيقة، وقد وجد بعد يمينه، فيحنث به، كما لو فصله، ولأن ما يحنث به إذا فصله، يحنث به إذا وصله، كالكثير. وقولهم: إن اليمين يقتضي خطابا مستأنفا. قلنا: هذا الخطاب مستأنف، غير الأول، بدليل أنه لو قطعه حنث به. و قياس المذهب أنه لا يحنث؛ لأن قرينة صلته هذا الكلام بيمينه، تدل على إرادة كلام يستأنفه بعد انقضاء هذا الكلام المتصل، فلا يحنث به، كما لو وجدت النية حقيقة. وإن نوى كلاما غير هذا، لم يحنث بهذا في المذهبين.

[فصل صلى بالمحلوف عليه ألا يكلمه إماما ثم سلم من الصلاة]

(٨١٦٥) فصل: وإن صلى بالمحلوف عليه إماما، ثم سلم من الصلاة، لم يحنث. نص عليه أحمد. وبه قال أبو حنيفة. وقال أصحاب الشافعي: يحنث لأنه شرع له أن ينوي السلام على الحاضرين. ولنا، أنه قول مشروع في الصلاة، فلم يحنث به، كتكبيرها، وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة في السلام. وإن ارتج عليه في الصلاة، ففتح عليه الحالف، لم يحنث لأن ذلك كلام الله تعالى، وليس بكلام الآدميين.

[فصل حلف لا يتكلم فقرأ]

(٨١٦٦) فصل: وإن حلف لا يتكلم، فقرأ، لم يحنث. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن قرأ في

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٩٦/٩

الصلاة، لم يحنث، وإن قرأ خارجا منها، حنث لأنه يتكلم بكلام الله. وإن ذكر الله – تعالى، لم يحنث. ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنه يحنث؛ لأنه كلام، قال الله تعالى: ﴿وألزمهم كلمة التقوى﴾ [الفتح: ٢٦] . وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – «أفضل الكلام أربع؛ سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله، والله أكبر» . وقال «كلمتان خفيفتان على اللسان، ثقيلتان في الميزان، حبيبتان إلى الرحمن، سبحان الله وبحمده، وسبحان الله العظيم» .

ولنا، أن الكلام في العرف لا يطلق إلا على كلام الآدميين، ولهذا لما قال النبي – صلى الله عليه وسلم – : «إن الله يحدث من أمره ما يشاء، وإنه قد أحدث أن لا تتكلموا في الصلاة» . لم يتناول المختلف فيه.." [1]

"وقال زيد بن أرقم: كنا نتكلم في الصلاة، حتى نزلت: ﴿وقوموا لله قانتين﴾ [البقرة: ٢٣٨] . فأمرنا بالسكوت، ونهينا عن الكلام.

وقال الله – تعالى: ﴿آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا واذكر ربك كثيرا وسبح بالعشي والإبكار﴾ [آل عمران: ٤١] فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه. ولأن ما لا يحنث به في الصلاة، لا يحنث به خارجا منها، كالإشارة، وما ذكروه يبطل بالقراءة والتسبيح في الصلاة، وذكر الله المشروع فيها. وإن استأذن عليه إنسان، فقال: ﴿ادخلوها بسلام آمنين﴾ [الحجر: ٤٦] . يقصد القرآن، لم يحنث، وإلا حنث.

[فصل حلف لا يتكلم ثلاث ليال أو ثلاثة أيام]

(٨١٦٧) فصل: وإن حلف لا يتكلم ثلاث ليال، أو ثلاثة أيام، لم يكن له أن يتكلم في الأيام التي بين الليالي، ولا في الليالي التي بين الأيام، إلا أن ينوي؛ لأن الله – تعالى قال: ﴿آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا﴾ [آل عمران: ٤١] . وفي موضع آخر: ﴿ثلاث ليال سويا﴾ [مريم: ١٠] . فكان كل واحد من اللفظين عبارة عن الزمانين جميعا، وقال الله تعالى: ﴿وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر﴾ [الأعراف: ١٤٢] . فدخل فيه الليل والنهار.

[فصل حلف أن لا يتكفل بمال فكفل ببدن إنسان]

(٨١٦٨) فصل: ومن حلف أن لا يتكفل بمال، فكفل ببدن إنسان، فقال أصحابنا: يحنث؛ لأن المال

---

(١) المغني لابن قدامة ٦١٨/٩

يلزمه بكفالته إذا تعذر تسليم المكفول به. وال قياس أنه لا يحنث؛ لأنه لم يكفل بمال، وإنما يلزمه المال بتعذر إحضار المكفول به، وأما قبل ذلك، فلا يلزمه، ولأن هذا لا يسمى كفالة بالمال، ولا يصح نفيها عنه، فيقال: ما تكفل بمال، وإنما تكفل بالبدن. وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي.

[فصل حلف لا يستخدم عبدا فخدمه وهو ساكت لم يأمره ولم ينهه]

(٨١٦٩) فصل: وإن حلف لا يستخدم عبدا، فخدمه وهو ساكت، لم يأمره ولم ينهه، فقال القاضي: إن كان عبده حنث، وإن كان عبد غيره لم يحنث. وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن عبده يخدمه عبادة بحكم استحقاقه ذلك عليه، فيكون معنى يمينه: لا منعتك خدمتي.

فإذا لم ينهه، لم يمنعه، فيحنث، وعبد غيره بخلافه. وقال أبو الخطاب يحنث في الحالين؛." [1]

"أحدهما، أن قوله: «يجزئ عنك الثلث» . دليل على أنه أتى بلفظ يقتضي الإيجاب؛ لأنها إنما تستعمل غالبا في الواجبات، ولو كان مخيرا بإرادة الصدقة، لما لزمه شيء يجزئ عنه بعضه.

الثاني، أن منعه من الصدقة بزيادة على الثلث، دليل على أنه ليس بقربة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لا يمنع أصحابه من القرب، ونذر ما ليس بقربة لا يلزم الوفاء به. وما قاله أبو حنيفة، فقد سبق الكلام عليه.

وما قاله ربيعة، لا يصح؛ فإن هذا ليس بزكاة، ولا في معناها، فإن الصدقة وجبت لإغناء الفقراء ومواساتهم، وهذه صدقة تبرع بها صاحبها تقربا إلى الله - تعالى، ثم إن المحمول على معهود الشرع المطلق، وهذه صدقة معينة غير مطلقة، ثم تبطل بما لو نذر صياما، فإنه لا يحمل على صوم رمضان، وكذلك الصلاة. وما ذكره جابر بن زيد، تحكم بغير دليل.

[فصل نذر الصدقة بمعين من ماله أو بمقدر كألف]

(٨١٧٦) فصل: وإذا نذر الصدقة بمعين من ماله، أو بمقدر، كألف، فروي عن أحمد أنه يجوز ثلثه؛ لأنه مال نذر الصدقة به، فأجزأه ثلثه، كجميع المال.

والصحيح في المذهب لزوم الصدقة بجميعه؛ لأنه منذور، وهو قربة، فيلزمه الوفاء به، كسائر المنذورات، ولعموم قوله تعالى: ﴿يوفون بالنذر﴾ [الإنسان: ٧] . وإنما خولف هذا في جميع المال؛ للأثر فيه، ولما

---

(١) المغني لابن قدامة ٦١٩/٩

في الصدقة بجميع المال من الضرر اللاحق به، اللهم إلا أن يكون المنذور هاهنا يستغرق جميع المال، فيكون كنذر ذلك. ويحتمل أنه إن كان المنذور ثلث المال فما دون، لزمه وفاء نذره، وإن زاد على الثلث، لزمه الصدقة بقدر الثلث منه؛ لأنه حكم يعتبر فيه الثلث، فأشبه الوصية به.

[فصل نذر الصدقة بقدر من المال فأبرأ غريمه من قدره يقصد به وفاء النذر]

(٨١٧٧) فصل: وإذا نذر الصدقة بقدر من المال، فأبرأ غريمه من قدره، يقصد به وفاء النذر لم يجزئه، وإن كان الغريم من أهل الصدقة. قال أحمد: لا يجزئه حتى يقبضه. وذلك لأن الصدقة تقتضي التمليك، وهذا إسقاط، فلم يجزئه، كما في الزكاة.

وقال أحمد، فيمن نذر أن يتصدق بمال، وفي نفسه أنه ألف: أجزأه أن يخرج ما شاء. وذلك لأن اسم المال يقع على القليل، وما نواه زيادة على ما تناوله الاسم، والنذر لا يلزم بالنية. وال قياس أن يلزمه ما نواه؛ لأنه نوى بكلامه ما يحتمله، فتعلق الحكم به كاليمين. وقد نص أحمد فيمن نوى صوما أو صلاة، وفي نفسه أكثر مما يتناوله لفظه، أنه يلزمه ذلك، وهذا كذلك. والله أعلم.." (١)

"[مسألة نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام]

(٨١٧٨) مسألة؛ قال: (ومن نذر أن يصوم، وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام، كفر كفارة يمين، وأطعم لكل يوم مسكينا) وجملته أن من نذر طاعة لا يطيقها، أو كان قادرا عليها، فعجز عنها، فعليه كفارة يمين؛ لما روى عقبة بن عامر، قال: «نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله حافية، فأمرتني أن أستفتي لها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فاستفتيته، فقال: لتمش، ولتركب» متفق عليه.

ولأبي داود: وتكفر يمينها. وللترمذي: «ولتصم ثلاثة أيام» . وعن عائشة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا نذر في معصية الله، وكفارته كفارة يمين. قال: ومن نذر نذرا لا يطيقه، فكفارته كفارة يمين.» رواه أبو داود، وقال: وقفه من رواه عن ابن عباس. وقال ابن عباس: من نذر نذرا لم يسمه، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذرا في معصية، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذرا لا يطيقه، فكفارته كفارة يمين، ومن نذر نذرا يطيقه، فليف الله بما نذر. فإذا كفر، وكان المنذور غير الصيام، لم يلزمه شيء آخر.

وإن كان صياما. فعن أحمد روايتان؛ إحداهما، يلزمه لكل يوم إطعام مسكين. قال القاضي: وهذه أصح؛ لأنه صوم وجد سبب إيجابه عينا، فإذا عجز عنه، لزمه أن يطعم عن كل يوم مسكينا، كصيام رمضان، ولأن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٠

المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود شرعا، ولو عجز عن الصوم المشروع، أطعم عن كل يوم مسكينا، وكذلك إذا عجز عن الصوم المنذور.

والثانية، لا يلزمه شيء آخر من إطعام ولا غيره؛ لقوله – عليه السلام –: «ومن نذر نذرا لا يطيقه، فكفارته كفارة يمين» . وهذا يقتضي أن تكون كفارة اليمين جميع كفارته، ولأنه نذر عجز عن الوفاء به، فكان الواجب فيه كفارة يمين، كسائر النذور، ولأن موجب النذر موجب اليمين، إلا مع إمكان الوفاء به إذا كان قربة، ولا يصح قياسه على صوم رمضان؛ لوجهين؛ أحدهما، أن رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت، فكذلك في الحياة، وهذا بخلافه، ولأن صوم رمضان آكد؛ بدليل وجوب الكفارة بالجماع فيه، وعظم إثم من أفطر بغير عذر.

والثاني، أن قياس المنذور على المنذور أولى من قياسه على المفروض بأصل الشرع، ولأن هذا قد وجبت فيه كفارة، فأجزأت عنه، بخلاف المشروع. وقولهم: إن المطلق من كلام الآدمي محمول على المعهود في الشرع.." [1]

"النذر كفارة اليمين» . ولأن المشي مما لا يوجبه الإحرام، فلم يجب الدم بتركه، كما لو نذر صلاة ركعتين، فتركهما، وحديث الهدي ضعيف، وهذا حجة على الشافعي، حيث أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز.

فإن قيل: فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز. قلنا: يتعين حمله على حالة العجز؛ لأن المشي قربة، لأنه مشي إلى عبادة، والمشي إلى العبادة أفضل ولهذا روي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يركب في عيد ولا جنازة.» فلو كانت قادرة على المشي، لأمرها به. ولم يأمرها بالركوب والتكفير، ولأن المشي المقدور عليه لا يخلو من أن يكون واجبا أو مباحا؛ فإن كان واجبا، لزم الوفاء به، وإن كان مباحا، لم تجب الكفارة بتركه عند الشافعي، وقد أوجب الكفارة هاهنا. وترك ذكره في الحديث؛ إما لعلم النبي – صلى الله عليه وسلم – بحالها وعجزها، وإما لأن الظاهر من حال المرأة العجز عن المشي إلى مكة. أو يكون قد ذكر في الخبر فترك الراوي ذكره.

وقول أصحاب أبي حنيفة: إنه أخل بواجب في الحج. قلنا: المشي لم يوجبه الإحرام، ولا هو من مناسكه، فلم يجب بتركه هدي، كما لو نذر صلاة ركعتين في الحج، فلم يصلهما. فأما إن ترك المشي مع إمكانه، فقد أساء، وعليه كفارة أيضا؛ لتركه صفة النذر.

---

(١) المغني لابن قدامة ١١/١٠

و   قياس المذهب أن يلزمه استئناف الحج ماشيا؛ لتركه صفة المنذور، كما لو نذر صوما متتابعا فأتى به متفرقا. وإن عجز عن المشي بعد الحج، كفر، وأجزأه. وإن مشى بعض الطريق، وركب بعضا، فعلى هذا ال قياس، يحتمل أن يكون كقول ابن عمر، وهو أن يحج فيمشي ما ركب، ويركب ما مشى. ويحتمل أن لا يجزئه إلا حج يمشي في جميعه؛ لأن ظاهر النذر يقتضي هذا.

ووجه القول الأول، أنه لا يلزمه بترك المشي المقدور عليه أكثر من كفارة؛ لأن المشي غير مقصود في الحج، ولا ورد الشرع باعتباره في موضع، فلم يلزم بتركه أكثر من كفارة، كما لو نذر التحفي وشبهه، وفارق التتابع في الصيام؛ فإنها صفة مقصودة فيه، اعتبرها الشرع في صيام الكفارات، كفارة الظهار والجماع واليمين.

[فصل نذر الحج راكبا]

(٨١٨٣) فصل: فإن نذر الحج راكبا، لزمه الحج كذلك؛ لأن فيه إنفاقا في الحج فإن ترك الركوب فعليه كفارة.." (١)

"مثلما صنعوا. وعلى هذا نذر الشمع والزيت، وأشباهه، للأماكن التي فيها القبور، لا يصح.

[فصل نذر الذبح بمكة]

(٨١٩٤) فصل: وإن نذر الذبح بمكة، فهو كنذر الهدي إليها؛ لأن مطلق النذر محمول على معهود الشرع، ومعهود الشرع في الذبح الواجب بها أن يفرق اللحم بها.

[مسألة نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان فقدم أول يوم من شهر رمضان]

(٨١٩٥) مسألة؛ قال: (وإذا نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان، فقدم أول يوم من شهر رمضان، أجزأه صيامه لرمضان ونذره) ظاهر كلام الخرقي، أن نذر هذا منعقد، لكن صيامه يجزئ عن النذر ورمضان. وهو قول أبي يوسف.

وهو   قياس قول ابن عباس، وعكرمة؛ لأنه نذر صوما في وقت، وقد صام فيه. وقال القاضي: ظاهر كلام الخرقي، أن النذر غير منعقد؛ لأن نذره وافق زمنا يستحق صومه، فلم ينعقد نذره، كنذر صوم رمضان. قال: والصحيح عندي صحة النذر؛ لأنه نذر طاعة يمكن الوفاء به غالبا، فانعقد، كما لو وافق شعبان. فعلى

(١) المغني لابن قدامة ١٤/١٠

هذا يصوم رمضان، ثم يقضي، ويكفر. وهذا اختيار أبي بكر. ونقل جعفر بن محمد، عن أحمد، أن عليه القضاء.

وقول الخرقي: أجزأه صيامه لرمضان ونذره. دليل على أن نذره انعقد عنده، لولا ذلك لما كان صومه عن نذره. وقد نقل أبو الخطاب، عن أحمد، فيمن نذر أن يحج وعليه حجة مفروضة، فأحرم عن النذر، وقعت عن المفروض، ولا يجب عليه شيء آخر. وهذا مثل قول الخرقي. وروى عكرمة، عن ابن عباس، في رجل نذر أن يحج، ولم يكن حج الفريضة، قال: يجزئ لهما جميعا.

وعن عكرمة، أنه سئل عن ذلك، فقال عكرمة: يقضي حجته عن نذره وعن حجة الإسلام، أرأيتم لو أن رجلا نذر أن يصلي أربع ركعات، فصلى العصر، أليس ذلك يجزئه من العصر والنذر؟ قال: فذكرت قولي لابن عباس، فقال: أصبت وأحسنت.

وقال ابن عمر، وأنس، وعروة: يبدأ بحجة الإسلام، ثم يحج لنذره. وفائدة انعقاد نذره، لزوم الكفارة بتركه، وأنه لو لم ينوه لنذره. لزمه قضاؤه. وعلى هذا لو وافق نذره بعض رمضان، وبعض شهر آخر، إما شعبان، وإما شوال، لزمه صوم ما خرج عن رمضان، ويتمه من رمضان.

ولو قال: لله علي صوم رمضان. فعلى قياس قول الخرقي، يصح نذره، ويجزئه صيامه عن الأمرين، وتلزمه الكفارة إن أخل به. وعلى قول القاضي، لا ينعقد نذره. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه لا يصح صومه عن النذر، فأشبه الليل.." (١)

"كفارة ثانية. نص عليه أحمد؛ فإنه قال، فيمن نذر صيام أيام، فمرض فإن كان قد كفر عن الأول، ثم أفطر بعد ذلك، كفر كفارة أخرى، وإن لم يكن كفر عن الأول، فكفارة واحدة، ولا يكون مثل اليمين، إذا حنث وكفر، سقطت عنه. ويتخرج أنه متى كفر مرة، لم تلزمه كفارة أخرى؛ لأن النذر كاليمين، ويشبه اليمين، وإيجاب الكفارة فيه لذلك، واليمين لا يوجب أكثر من كفارة، فمتى كفرها، لم يجب بها أخرى، كذلك النذر. فعلى هذا، متى فاته شيء فكفر عنه، ثم فاته شيء آخر، قضاه من غير كفارة؛ لأن وجوب الكفارة الثانية لا نص فيه، ولا إجماع ولا قياس، فلا يمكن إيجابها بغير دليل.

[فصل نذر صوم سنة بعينها]

(٨٢٠٢) فصل: إذا نذر صوم سنة بعينها، لم يدخل في نذره رمضان؛ لأنه لا يقبل غير صوم رمضان، فأشبه

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٠

الليل، ولا يوما العيدين؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن صيامهما، ولا يصح صومهما عن النذر، فأشبها رمضان. وعن أحمد فيمن نذر صوم شوال، يقضي يوم الفطر، ويكفر. فعلى هذه الرواية، يدخل في نذره العيدان وأيام التشريق؛ لأنها أيام من جملة السنة.

والأول أصح، وفي أيام التشريق روايتان. وإن نذر صوم سنة مطلقة، فهل يلزمه صوم سنة متتابعة أو لا؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يلزمه؛ لأن السنة المطلقة تنصرف إلى المتتابعة. فعلى هذه الرواية، حكمها حكم المعينة، في أنه لا يدخل فيها العيدان ولا رمضان، وفي أيام التشريق روايتان، فإن ابتدأها من أول شهر، أتم أحد عشر شهرا بالهلال، إلا شهر شوال، فإنه يتمه بالعدد؛ لأنه لم يصم من أوله، وإن ابتدأها من أثناء شهر، أتم ذلك الشهر بالعدد، والباقي بالهلال، على ما ذكرنا.

والرواية الثانية: لا تلزمه متابعة. وهو مذهب الشافعي؛ لأن المتفرقة تسمى سنة، فيتناولها نذره، فيلزمه اثنا عشر شهرا بالأهلة، إن شاء، وإن شاء صامها بالعدد. وإن ابتدأ الشهر من أثنائه، أتمه ثلاثين يوما. وإنما لزمه هاهنا اثنا عشر شهرا؛ لأنه يمكن حمل النذر على سنة ليس فيها رمضان، ولا الأيام التي لا يجوز صيامها، فجعل نذره على ما ينعقد فيه النذر، بخلاف ما إذا عين السنة، وهذا كمن عين سلعة بالعقد، فوجد بها عيبا، لم يكن له إبدالها، ولو وصفها ثم وجدها معيبة، ملك إبدالها، ويتم شوالا بالعدد؛ لأنه لم يبدأه من أوله.

وإن صام ذا الحجة من أوله، قضى أربعة أيام، تاما كان أو ناقصا؛ لأنه بدأه من أوله. وقيل: إن كان ناقصا قضى خمسة ليكمله ثلاثين؛ لأنه لم يصم الشهر كله، فأشبه شوالا. وإن شرط التتابع، صار حكمها حكم المعينة.." (١)

"[مسألة نذر أن يصوم شهرا بعينه فأفطر يوما بغير عذر]

(٨٢٠٧) مسألة؛ قال: (ومن نذر أن يصوم شهرا بعينه، فأفطر يوما بغير عذر، ابتدأ شهرا، وكفر كفارة يمين) وجملته أنه إذا نذر صوم شهر معين، فأفطر في أثنائه، لم يخل من حالين؛ أحدهما، أفطر لغير عذر، ففيه روايتان؛ إحداهما، يقطع صومه، ويلزمه استئنافه؛ لأنه صوم يجب متتابعا بالنذر، فأبطله الفطر لغير عذر، كما لو شرط التتابع، وفارق رمضان؛ فإن تتابعه بالشرع لا بالنذر، وها هنا أوجبه على نفسه على صفة ثم فوتها، فأشبه ما لو شرطه متتابعا.

الثانية، لا يلزمه الاستئناف، إلا أن يكون قد شرط التتابع. وهذا قول الشافعي؛ لأن وجوب التتابع ضرورة

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٤

التعيين لا بالشرط، فلم يبطله الفطر في أثنائه، كشهر رمضان، ولأن الاستئناف يجعل الصوم في الوقت الذي لم يعينه، والوفاء بنذره في غير وقته، وتفويت يوم واحد لا يوجب تفويت غيره من الأيام. فعلى هذا، يكفر عن فطره، ويقضي يوما مكانه بعد إتمام صومه. وهذا أقيس، إن شاء الله – تعالى.

وعلى الرواية الأولى، يلزمه الاستئناف عقيب اليوم الذي أفطر فيه، ولا يجوز تأخيره؛ لأن باقي الشهر منذور، ولا يجوز ترك الصوم فيه، وتلزمه كفارة أيضا؛ لإخلاله بصوم هذا اليوم الذي أفطره. الحال الثاني، أفطر لعذر، فإنه يبني على ما مضى من صيامه، ويقضي ويكفر. هذا قياس المذهب.

وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى، أنه لا كفارة عليه. وهذا مذهب مالك، والشافعي، وأبي عبيد؛ لأن المنذور محمول على المشروع، ولو أفطر رمضان لعذر لم يلزمه شيء. ولنا، أنه فات ما نذره، فلزمته كفارة؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – لأخت عقبة بن عامر: ولتكفر يمينها. وفارق رمضان؛ فإنه لو أفطر لغير عذر، لم تجب عليه كفارة إلا في الجماع (٨٢٠٨) فصل: فإن جن جميع الشهر المعين، لم يلزمه قضاء ولا كفارة.

وقال أبو ثور يلزمه القضاء؛ لأنه من أهل التكليف حالة نذره وقضائه، فلزمه القضاء، كالمغمى عليه. ولنا، أنه ليس من أهل التكليف في وقت الوجوب، فلم يلزمه القضاء، كما لو كان في شهر رمضان. وإن حاضت المرأة جميع الزمن المعين، فعليها القضاء؛ وفي الكفارة وجهان.

وقال الشافعي: لا كفارة عليها، وفي القضاء وجهان؛ أحدهما، لا يلزمها النذر؛ لأن زمن الحيض لا يمكن الصوم فيه، ولا يدخل في النذر، كزمن رمضان.." (١)

"ولنا، أن المنذور يحمل على المشروع ابتداء، ولو حاضت في شهر رمضان، لزمها القضاء، فكذلك المنذور.

[فصل قال لله علي الحج في عامي هذا فلم يحج لعذر]

(٨٢٠٩) فصل: ولو قال: لله علي الحج في عامي هذا. فلم يحج لعذر أو غيره، فعليه القضاء والكفارة. ويحتمل أن لا كفارة عليه إذا كان معذورا. وقال الشافعي: إن تعذر عليه الحج، لعدم أحد الشرائط السبعة، أو منعه منه سلطان أو عدو، فلا قضاء عليه. وإن حدث به مرض، أو أخطأ عددا، أو نسي، أو توانى، قضاه. ولنا، أنه فاته الحج المنذور، فلزمه قضاؤه، كما لو مرض، ولأن المنذور محمول على المشروع ابتداء،

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٧

ولو فاته المشروع، لزمه قضاؤه، فكذلك المنذور.

[فصل نذر صوم شهر بعينه أو الحج في عام بعينه وفعل ذلك قبله]

(٨٢١٠) فصل: ولو نذر صوم شهر بعينه، أو الحج في عام بعينه، وفعل ذلك قبله، لم يجزئه. وقال أبو يوسف: يجزئه، كما لو حلف ليقضينه حقه في وقت، فقضاه قبله. ولنا، أن المنذور محمول على المشروع، ولو صام قبل رمضان لم يجزئه، فكذلك إذا صام المنذور قبله، ولأنه لم يأت بالمنذور في وقته، فلم يجزئه، كما لو لم يفعله أصلا.

[مسألة نذر أن يصوم فمات قبل أن يأتي به]

(٨٢١١) مسألة؛ قال: (ومن نذر أن يصوم، فمات قبل أن يأتي به، صام عنه ورثته من أقاربه، وكذلك كل ما كان من نذر طاعة) يعني من نذر حجا، أو صياما، أو صدقة، أو عتقا، أو اعتكافا، أو صلاة، أو غيره من الطاعات، ومات قبل فعله، فعله الولي عنه.

وعن أحمد في الصلاة: لا يصلى عن الميت؛ لأنها لا بدل لها بحال، وأما سائر الأعمال فيجوز أن ينوب الولي عنه فيها، وليس بواجب عليه، ولكن يستحب له ذلك على سبيل الصلة له والمعروف. وأفتى بذلك ابن عباس، في امرأة نذرت أن تمشي إلى قباء، فماتت ولم تقضه، أن تمشي ابنتها عنها.

وروى سعيد، عن سفيان، عن عبد الكريم بن أبي أمية، أنه سأل ابن عباس عن نذر كا ن على أمه من اعتكاف. قال: صم عنها، واعتكف عنها.

وقال: حدثنا أبو الأحوص عن إبراهيم بن مهاجر، عن عامر بن شعيب، أن عائشة اعتكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد ما مات. وقال مالك: لا يمشي أحد عن أحد، ولا يصلي، ولا يصوم عنه، وكذلك سائر أعمال البدن، قياسا على الصلاة.." [(١)]

"- صلى الله عليه وسلم -: لو كان عليها دين، أكنت قاضيه؟ . قال: نعم. قال: فاقض الله، فهو أحق بالقضاء» . رواهما البخاري.

وهذا صريح في الصوم والحج، ومطلق في النذر، وما عدا المذكور في الحديث يقاس، عليه وحديث ابن عمر في الصوم الواجب بأصل الشرع، ويتعين حمله عليه جمعا بين الحديثين، ولو قدر التعارض، لكانت

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٨

أحاديثنا أصح، وأكثر، وأولى بالتقديم. إذا ثبت هذا، فإن الأولى أن يقضي النذر عنه وارثه، فإن قضاه غيره، أجزأه عنه، كما لو قضى عنه دينه؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - شبهه بالدين، وقاسه عليه، ولأن ما يقضيه الوارث إنما هو تبرع منه، وغيره مثله في التبرع. وإن كان النذر في مال، تعلق بتركته.

[فصل نذر أن يطوف على أربع]

(٨٢١٢) فصل: ومن نذر أن يطوف على أربع، فعليه طوافان. قال ذلك ابن عباس؛ لما روى «معاوية بن خديج الكندي، أنه قدم على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومعه أم كبشة بنت معديكرب عمة الأشعث بن قيس فقالت: يا رسول الله إني آليت أن أطوف بالبيت حبوا. فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: طوفي على رجليك سبعين؛ سبعا عن يديك، وسبعا عن رجليك» . أخرجه الدارقطني، بإسناده وقال ابن عباس، في امرأة نذرت أن تطوف بالبيت على أربع، قال: تطوف عن يديها سبعا، وعن رجليها سبعا. رواه سعيد.

وال قياس أن يلزمه طواف واحد على رجليه، ولا يلزمه ذلك على يديه؛ لأنه غير مشروع، فيسقط، كما أن «أخت عقبة نذرت أن تحج غير مختمرة، فأمرها النبي - صلى الله عليه وسلم - أن تحج وتختمر» . وروى عكرمة، أن «النبي - صلى الله عليه وسلم - كان في سفر، فحانت منه نظرة، فإذا امرأة ناشرة شعرها، فقال: مروها فلتختمر ومر برجلين مقترنين، فقال: أطلقا قرانكما» .

وقد ذكرنا حديث أبي إسرائيل، الذي نذر أن يصوم، ويفعل أشياء، فأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - بالصوم وحده، ونهاه عن سائر نذوره. وهل تلزمه كفارة؟ يخرج فيه وجهان؛ بناء على ما تقدم.

و قياس المذهب لزوم الكفارة؛ لإخلاله بصفة نذره، وإن كان غير مشروع، كما لو كان أصل النذر غير مشروع.." (١)

"وروى بريدة، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «القضاة ثلاثة؛ اثنان في النار وواحد في الجنة، رجل علم الحق فقضى به، فهو في الجنة، ورجل، قضى للناس على جهل، فهو في النار، ورجل جار في الحكم، فهو في النار» . رواه ابن ماجه. والعامي يقضي على الجهل، ولأن الحكم آكد من الفتيا؛ لأنه فتيا وإلزام، ثم المفتي لا يجوز أن يكون عاميا مقلدا، فالحكم أولى.

فإن قيل: فالمفتي يجوز أن يخبر بما سمع. قلنا: نعم. إلا أنه لا يكون مفتيا في تلك الحال، وإنما هو

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٠

مخبر، فيحتاج أن يخبر عن رجل بعينه من أهل الاجتهاد فيكون معمولا بخبره لا بفتياه، ويخالف قول المقومين؛ لأن ذلك لا يمكن الحاكم معرفته بنفسه، بخلاف الحكم.

إذا ثبت هذا، فمن شرط الاجتهاد معرفة ستة أشياء؛ الكتاب، والسنة، والإجماع، والاختلاف، وال قياس، ولسان العرب. أما الكتاب، فيحتاج أن يعرف منه عشرة أشياء؛ الخاص، والعام، والمطلق، والمقيد، والمحكم، والمتشابه، والمجمل، والمفسر، والناسخ، والمنسوخ في الآيات المتعلقة بالأحكام، وذلك نحو خمسمائة، ولا يلزمه معرفة سائر القرآن.

فأما السنة، فيحتاج إلى معرفة ما يتعلق منها بالأحكام دون سائر الأخبار، من ذكر الجنة والنار والرقائق، ويحتاج أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب، ويزيد معرفة التواتر، والآحاد، والمرسل، والمتصل، والمسند، والمنقطع، والصحيح، والضعيف، ويحتاج إلى معرفة ما أجمع عليه، وما اختلف فيه، ومعرفة ال قياس، وشروطه، وأنواعه، وكيفية استنباطه الأحكام، ومعرفة لسان العرب فيما يتعلق بما ذكر؛ ليتعرف به استنباط الأحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة، وقد نص أحمد على اشتراط ذلك للفتيا، والحكم في معناه.

فإن قيل: هذه شروط لا تجتمع، فكيف يجوز اشتراطها؟ . قلنا: ليس من شرطه أن يكون محيطا بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها، وإنما يحتاج إلى أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب، ولا أن يحيط بجميع الأخبار الواردة في هذا، فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب، خليفتا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ووزيراه، وخير الناس بعده، في حال إمامتهما يسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة، حتى يسألا الناس فيخبرا «،." (١)

"وفي معنى الغضب كل ما شغل فكره من الجوع المفرط، والعطش الشديد، والوجع المزعج، ومدافعة أحد الأخبثين، وشدة النعاس، والهم، والغم، والحزن، والفرح، فهذه كلها تمنع الحاكم؛ لأنها تمنع حضور القلب، واستيفاء الفكر، الذي يتوصل به إلى إصابة الحق في الغالب، فهي في معنى الغضب المنصوص عليه، فتجري مجراه. فإن حكم في الغضب أو ما شاكله، فحكي عن القاضي، أنه لا ينفذ قضاؤه؛ لأنه منهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه. وقال في " المجرد ": ينفذ قضاؤه.

وهو مذهب الشافعي؛ لما روي، أن «النبي – صلى الله عليه وسلم – اختصم إليه الزبير ورجل من الأنصار، في شراج الحرة، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – للزبير: اسق، ثم أرسل الماء إلى جارك. فقال الأنصاري: أن كان ابن عمتك. فغضب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقال للزبير: اسق، ثم احبس

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨/١٠

الماء حتى يبلغ الجدر» . متفق عليه. فحكم في حال غضبه. وقيل: إنما يمنع الغضب الحاكم إذا كان قبل أن يتضح له الحكم في المسألة، فأما إن اتضح الحكم، ثم عرض الغضب، لم يمنعه؛ لأن الحق قد استبان قبل الغضب، فلا يؤثر الغضب فيه.

[مسألة الحاكم إذا حضرته قضية مشكلة]

(٨٢٣١) مسألة؛ قال: (وإذا نزل به الأمر المشكل عليه مثله، شاور فيه أهل العلم والأمانة) وجملته أن الحاكم إذا حضرته قضية تبين له حكمها في كتاب الله تعالى، أو سنة رسوله، أو إجماع، أو قياس جلي، حكم ولم يحتج إلى رأي غيره؛ «لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لمعاذ حين بعثه إلى اليمن: بم تحكم؟ قال: بكتاب الله. قال: فإن لم تجد؟ . قال: بسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. قال: فإن لم تجد؟ . قال: أجتهد رأيي، ولا آلو. قال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لما يرضي رسول الله – صلى الله عليه وسلم –» .

وإن احتاج إلى الاجتهاد، استحب له أن يشاور؛ لقول الله تعالى: ﴿وشاورهم في الأمر﴾ [آل عمران: ١٥٩] . قال الحسن: إن كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لغنيا عن مشاورتهم، وإنما أراد أن يستن." (١)

"يحكم بعلمه، فإن شاء أدناهم إليه، وإن شاء باعدهم منه، بحيث إذا احتاج إلى إشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه، أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين، لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد، فيحفظوا عليه إقراره، ويشهدوا به.

[فصل إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين وتبين للقاضي موضع الظالم]

(٨٢٣٥) فصل: وإذا اتصلت به الحادثة، واستنارت الحجة لأحد الخصمين، حكم. وإن كان فيها لبس، أمرهما بالصلح، فإن أبيا أخرهما إلى البيان، فإن عجلها قبل البيان، لم يصلح حكمه. وممن رأى الإصلاح بين الخصمين، شريح، وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة، والشعبي، والعنبري، وروي عن عمر، أنه قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن.

قال أبو عبيد: إنما يسعه الصلح في الأمور المشكلة، أما إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين، وتبين له

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥/١٠

موضع الظالم، فليس له أن يحملهما على الصلح. ونحوه قول عطاء. واستحسنه ابن المنذر. وروي عن شريح أنه ما أصلح بين متحاكمين إلا مرة واحدة.

[فصل وإذا حدثت للقاضي حادثة]

(٨٢٣٦) فصل: وإذا حدثت حادثة نظر في كتاب الله، فإن وجدها، وإلا نظر في سنة رسوله، فإن لم يجدها، نظر في ال قياس، فألحقها بأشبه الأصول بها؛ لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل، وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخي المغيرة بن شعبة، عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص، وعمرو والرجال مجهولون، إلا أنه حديث مشهور في كتب أهل العلم، رواه سعيد بن منصور، والإمام أحمد، وغيرهما، تلقاه العلماء بالقبول، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقه، فروى سعيد، أن عمر قال لشريح: انظر ما يتبين لك في كتاب الله، فلا تسأل عنه أحدا، وما لا يتبين لك في كتاب الله، فاتبع فيه السنة، وما لم يتبين لك في السنة، فاجتهد فيه رأيك. وعن ابن مسعود مثل ذلك.

[مسألة حكم الحاكم بعلمه]

(٨٢٣٧) مسألة؛ قال: (ولا يحكم الحاكم بعلمه) ظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها. هذا قول شريح، والشعبي، ومالك، وإسحاق، وأبي عبيد، ومحمد بن الحسن. وهو أحد قولي الشافعي. وعن أحمد رواية أخرى: يجوز له ذلك. وهو قول أبي يوسف، وأبي ثور، والقول الثاني للشافعي، واختيار المزني؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما قالت له هند: إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني." [1]

"وولدي. قال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» .

فحكم لها من غير بينة ولا إقرار، لعلمه بصدقها. وروى ابن عبد البر، في "كتابه " أن عروة ومجاهدا رويا، أن رجلا من بني مخزوم استعدى عمر بن الخطاب على أبي سفيان بن حرب، أنه ظلمه حدا في موضع كذا وكذا. قال عمر: إني لأعلم الناس بذلك، وربما لعبت أنا وأنت فيه، ونحن غلمان، فأتني بأبي سفيان. فأتاه به، فقال له عمر: يا أبا سفيان، انهض بنا إلى موضع كذا وكذا. فنهضوا، ونظر عمر، فقال: يا أبا سفيان، خذ هذا الحجر من هاهنا فضعه هاهنا. فقال: والله لا أفعل. فقال: والله لتفعلن. فقال: والله لا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٨

أفعل. فعلاه بالدرة، وقال: خذه لا أم لك، فضعه هاهنا، فإنك ما علمت قديم الظلم. فأخذ أبو سفيان الحجر، ووضعه حيث قال عمر، ثم إن عمر استقبل القبلة، فقال: اللهم لك الحمد حيث لم تمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه، وأذللته لي بالإسلام. قال: فاستقبل القبلة أبو سفيان، وقال: اللهم لك الحمد، إذ لم تمتني حتى جعلت في قلبي من الإسلام ما أذل به لعمر.

قالوا: فحكم بعلمه. ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين، لأنهما يغلبان على الظن، فما تحققه وقطع به، كان أولى، ولأنه يحكم بعلمه في تعديل الشهود وجرحهم، فكذلك في ثبوت الحق، قياسا عليه. وقال أبو حنيفة: ما كان من حقوق الله، لا يحكم فيه بعلمه؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة، وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به، وما علمه في ولايته، حكم به؛ لأن ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته، وما علمه في ولايته، بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه» . فدل على أنه إنما يقضي بما يسمع، لا بما يعلم «. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - في قضية الحضرمي والكندي: شاهداك أو يمينه، ليس لك منه إلا ذاك» . وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه تداعى عنده رجلان، فقال له أحدهما: أنت شاهدي. فقال: إن شئتما شهدت ولم أحكم، أو أحكم ولا أشهد.

وذكر ابن عبد البر، في "كتابه "، عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «بعث أبا جهم على الصدقة، فلاحاه رجل في فريضة، فوقع بينهما شجاج، فأتوا النبي - صلى الله عليه وسلم - فأعطاهم الأرش، ثم قال: إني خاطب الناس، ومخبرهم أنكم قد رضيتم، أرضيتم؟ قالوا: نعم. فصعد النبي - صلى الله عليه وسلم - المنبر." (١)

"[فصل ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي فذكر الحاكم حكمه]

(٨٢٦٦) فصل: فإن ادعى رجل على الحاكم، أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي. فذكر الحاكم حكمه، أمضاه، وألزم خصمه ما حكم به عليه. وليس هذا حكما بالعلم، إنما هو إمضاء لحكمه السابق. وإن لم يذكره القاضي، فشهد عنده شاهدان على حكمه، لزمه قبولها، وإمضاء القضاء. وبه قال ابن أبي ليلى، ومحمد بن الحسن. قال القاضي: هذا قياس قول أحمد؛ لأنه قال: يرجع الإمام إلى قول اثنين فصاعدا من المأمومين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩/١٠

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، والشافعي: لا يقبل؛ لأنه يمكنه الرجوع إلى الإحاطة والعلم، فلا يرجع إلى الظن، كالشاهد إذا نسي شهادته، فشهد عنده شاهدان أنه شهد، لم يكن له أن يشهد. ولنا، أنهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل، فكذلك إذا شهدا عنده بحكم نفسه، ولأنهما شهدا بحكم حاكم.
وما ذكروه لا يصح؛ لأن ذكر ما نسيه ليس إليه، ويخالف الشاهد؛ لأن الحاكم يمضي ما حكم به إذا ثبت عنده، والشاهد لا يقدر على إمضاء شهادته، وإنما يمضيها الحاكم.

[مسألة قبول القاضي الهدية]

(٨٢٦٧) مسألة؛ قال: (ولا يقبل هدية من لم يكن يهدي إليه قبل ولايته) وذلك لأن الهدية يقصد بها في الغالب استمالة قلبه، ليعتني به في الحكم، فتشبه الرشوة. قال مسروق: إذا قبل القاضي الهدية، أكل السحت، وإذا قبل الرشوة، بلغت به الكفر.
وقد روى أبو حميد الساعدي، قال: بعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رجلا من الأزد، يقال له ابن اللتبية على الصدقة، فقال: هذا لكم، وهذا أهدي إلي. فقام النبي - صلى الله عليه وسلم - فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: «ما بال العامل نبعثه، فيجيء فيقول: هذا لكم، وهذا أهدي إلي، ألا جلس في بيت أمه، فينظر أيهدى إليه أم لا؟ والذي نفس محمد بيده، لا نبعث أحدا منكم، فيأخذ شيئا، إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته، إن كان بعيرا له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر. فرفع يديه حتى رأيت عفرة إبطيه، فقال: اللهم هل بلغت ثلاثا؟» متفق عليه.
ولأن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها، ليتوسل بها إلى ميل الحاكم معه على خصمه، فلم يجز قبولها منه كالرشوة، فأما إن كان يهدي إليه قبل ولايته، جاز قبولها منه بعد الولاية؛ لأنها لم تكن من أجل الولاية؛ لوجود سببها قبل الولاية، بدليل وجودها قبلها.." [1]
"فقياس المذهب أن يقرع بينهما. وهو قياس قول الشافعي؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر، وقد تعذر الجمع بينهما، فيقرع بينهما، كالمرأتين إذا زفتا في ليلة واحدة. واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعا. وقيل: يرجأ أمرهما حتى يتبين المدعي منهما.
وما ذكرناه أولى؛ لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم في القضيتين معا، وإرجاء أمرهما إضرار بهما، وفيما ذكرنا دفع الضرر بحسب الإمكان، وله نظير في مواضع من الشرع، فكان أولى.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٦٨

[فصل سماع الحاكم الدعوى محررة]

(٨٢٧٦) فصل: ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة، إلا في الوصية والإقرار؛ لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه، فإن اعترف به لزمه، ولا يمكنه أن تلزمه مجهولة ويفارق الإقرار؛ فإن الحق عليه، فلا يسقط بتركه إثباته، وإنما صحت الدعوى في الوصية مجهولة؛ لأنها تصح مجهولة؛ فإنه لو وصى له بشيء أو سهم صح، فلا يمكنه أن يدعيها إلا مجهولة كما ثبت، وكذلك الإقرار، لما صح أن يقر بمجهول، صح لخصمه أن يدعي عليه أنه أقر له بمجهول.

إذا ثبت هذا، فإن كان المدعى أثمانا، فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء؛ الجنس، والنوع، والقدر، فيقول عشرة دنانير بصرية. وإن اختلفت بالصحاح والمكسرة، قال: صحاح. أو قال: مكسرة.

وإن كانت الدعوى في غير الأثمان، وكانت عينا تنضبط بالصفات، كالحبوب والثياب والحيوان، احتاج أن يذكر الصفات التي تشترط في السلم، وإن ذكر القيمة كان آكد، إلا أن الصفة تغني فيه كما تغني في العقد. وإن كانت جواهر ونحوها مما لا ينضبط بالصفة، فلا بد من ذكر قيمتها؛ لأنها لا تنضبط إلا بها. وإن كان المدعى تالفا، وهو مما له مثل، كالمكيل والموزون، ادعى مثله، وضبطه بصفته. وإن كان مما لا مثل له، كالنبات والحيوان، ادعى قيمته؛ لأنها تجب بتلفه.

وإن كان التالف شيئا محلى بفضة أو بذهب، قومه بغير جنس حليته، وإن كان محلى بذهب وفضة، قومه بما شاء منهما؛ لأنه موضع حاجة. وإن كان المدعى عقارا، فلا بد من بيان موضعه وحدوده، فيدعي أن هذه الدار بحدودها وحقوقها لي، وأنها في يده ظلما، وأنا أطالبه بردها علي. وإن ادعى عليه أن هذه الدار لي، وأنه يمنعني منها، صحت الدعوى وإن لم يقل إنها في يده؛ لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وإن لم تكن في يده.

وإن ادعى جراحة لها أرش معلوم، كالموضحة من الحر، جاز أن يدعي الجراحة ولا يذكر أرشها؛ لأنه معلوم. وإن كانت من عبد، أو كانت من حر لا مقدر فيها، فلا بد من ذكر أرشها. وإن ادعى على أبيه دينا، لم تسمع الدعوى حتى يدعي أن أباه مات، وترك في يده مالا؛ لأن الولد لا يلزمه." (١)

"عنده بشهادة، فهو أصل، واللذان شهدا عليه فرع، ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل، وما ذكروه حجة عليهم؛ لأن الحاكم قد أشهد على نفسه، وإنما يشهد عند المكتوب إليه شاهدان عليه، وهما

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٧٥

حيان، وهما شاهدا الفرع، وليس موته مانعا من شهادتهما، فلا يمنع قبولها، كموت شاهدي الأصل.

وإن تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتابته، لم يجز الحكم به؛ لأن حكمه بعد فسقه لا يصح، فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه، ولأن بقاء عدالة شاهدي الأصل شرط في صحة الحكم بشاهدي الفرع، فكذلك بقاء عدالة الحاكم؛ لأنه بمنزلة شاهدي الأصل. وإن فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير، كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه، فإنه لا ينقض ما مضى من أحكامه، كهذا هاهنا.

وأما إن تغيرت حال المكتوب إليه بأي حال كان؛ من موت، أو عزل، أو فسق، فلمن وصل إليه الكتاب ممن قام مقامه، قبول الكتاب، والعمل به. وبه قال الحسن. حكي عنه أن قاضي الكوفة كتب إلى إياس بن معاوية قاضي البصرة كتابا، فوصل وقد عزل، وولي الحسن، فعمل به. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يعمل به؛ لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب إليه، وإذا شهد شاهدان عند قاض، لم يحكم بشهادتهما غيره. ولنا، أن المعول على شهادة الشاهدين، بحكم الأول، أو ثبوت الشهادة عنده، وقد شهدا عند الثاني، فوجب أن يقبل كالأول.

وقولهم: إنه شهادة عند الذي مات. ليس بصحيح؛ فإن الحاكم الكاتب ليس بفرع، ولو كان فرعا لم يقبل وحده، وإنما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه، وقد أديا الشهادة عند المتجدد، ولو ضاع الكتاب، فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب إليه، قبل، فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب، و قياس ما ذكرناه، أن الشاهدين لو حملا الكتاب إلى غير المكتوب إليه في حال حياته، وشهدا عنده، عمل به؛ لما بيناه.

وإن كان المكتوب إليه خليفة للكاتب، فمات الكاتب، أو عزل، انعزل المكتوب إليه؛ لأنه نائب عنه، فينعزل بعزله وموته، كوكلائه. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا ينعزل خليفته، كما لا ينعزل القاضي الأصلي بموت الإمام، ولا عزله.

ولنا، ما ذكرناه، ويفارق الإمام؛ لأن الإمام يعقد القضاء والإمارة للمسلمين، فلم يبطل ما عقده لغيره، كما لو مات الولي في النكاح، لم يبطل النكاح، ولهذا ليس للإمام أن يعزل القاضي من غير تغير حاله، ولا ينعزل إذا عزله، بخلاف نائب الحاكم، فإنه تنعقد ولايته لنفسه نائبا عنه، فملك عزله،

ولأن القاضي لو انعزل بموت الإمام، لدخل الضرر على المسلمين

؛ لأنه يفضي إلى عزل القضاة في جميع بلاد المسلمين، وتتعطل الأحكام، وإذا ثبت أنه لا ينعزل، فليس له قبول الكتاب؛ لأنه حينئذ ليس بقاض.." (١)

"إذا ثبت هذا، فقد اختلفوا في الضرر المانع من القسمة، ففي قول الخرقي، وهو ما لا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفردا، فيما كان ينتفع به مع الشركة، مثل أن تكون بينهما دار صغيرة، إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعا ضيقا لا ينتفع به.

ولو أمكن أن ينتفع به في شيء غير الدار، ولا يمكن أن ينتفع به دارا، لم يجبر على القسمة أيضا؛ لأنه ضرر يجري مجرى الإتلاف.

وعن أحمد، رواية أخرى، أن المانع هو أن تنقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة، سواء انتفعوا به مقسوما أو لم ينتفعوا.

وقال القاضي: هذا ظاهر كلام أحمد؛ لأنه قال، في رواية الميموني: إذا قال بعضهم يقسم وبعضهم لا يقسم، فإن كان فيه نقصان من ثمنه، بيع، وأعطوا الثمن.

فاعتبر نقصان الثمن.

وهذا ظاهر كلام الشافعي؛ لأن نقص قيمته ضرر، والضرر منفي شرعا. وقال مالك: يجبر الممتنع وإن استضر، قياسا على ما لا ضرر فيه.

ولا يصح؛ لقوله – عليه السلام –: «لا ضرر ولا ضرار» . ولأن في قسمته ضررا، فلم يجبر عليه، كقسمة الجوهرة بكسرها، ولأن في قسمته إضاعة للمال، وقد نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن إضاعته.

ولا يصح القياس على ما لا ضرر فيه؛ لما بينهما من الفرق، فإن كان أحد الشريكين يستضر بالقسمة دون الآخر؛ كرجلين بينهما دار، لأحدهما ثلثها، وللآخر ثلثاها، فإذا قسماها استضر صاحب الثلث؛ لكونه لا يحصل له ما يكون دارا، ولا يستضر الآخر؛ لأنه يبقى له ما يصير دارا مفردة، فطلب صاحب الثلثين القسمة، لم يجبر الآخر عليها.

ذكره أبو الخطاب.

وهو ظاهر كلام أحمد، في رواية حنبل، قال: كل قسمة فيها ضرر، لا أرى قسمتها.

وهذا قول ابن أبي ليلى، وأبي ثور.

وقال القاضي: يجبر الآخر عليها.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٨٧

وهو قول الشافعي، وأهل العراق؛ لأنه طلب إفراد نصيبه الذي لا يستضر بتمييزه، فوجبت إجابته إليه، كما لو كانا لا يستضران بالقسمة.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا ضرر ولا ضرار» .

ولأنها قسمة يستضر بها صاحبه، فلم يجبر عليها، كما لو استضرا معا، ولأن فيه إضاعة المال، وقد نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن إضاعته، وإذا حرم عليه إضاعته ماله فإضاعته مال غيره أولى.." (١)

"منهما، أو طلب أحدهما إفراز نصيبه، لم تجب القسمة على قياس المذهب لأنه إضرار بالطالب وسفه. وعلى الوجه الذي ذكرناه تجب القسمة؛ لأن المطلوب منه لا ضرر عليه.

الحال الثاني، الذي لا يجبر أحدهما على القسمة، وهي ما إذا عدم أحد الشروط الثلاثة، فلا تجوز القسمة إلا برضاهما، وتسمى قسمة التراضي، وهي جائزة مع اختلال الشروط كلها؛ لأنها بمنزلة البيع والمناقلة، وبيع ذلك جائز.

[فصل كانت دار بين اثنين سفلها وعلوها فإذا طلبا قسمها]

(٨٣١٠) فصل: إذا كانت دار بين اثنين، سفلها وعلوها، فإذا طلبا قسمها؛ نظرت، فإن طلب أحدهما قسمة السفل والعلو بينهما، ولا ضرر في ذلك، أجبر الآخر عليه. لأن البناء في الأرض يجري مجرى الغرس، فيتبعها في البيع والشفعة، ثم لو طلب قسمة أرض فيها غراس، أجبر شريكه عليه، كذلك البناء. وإن طلب أحدهما جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر، ويقرع بينهما، لم يجبر عليه الآخر؛ لثلاثة معان؛ أحدها، أن العلو يتبع للسفل، ولهذا إذا بيعا، تثبت الشفعة فيهما، وإذا أفرد العلو بالبيع، لم تثبت فيه الشفعة، وإذا كان تبعا له، لم يجعل المتبوع سهما والتبع سهما، فيصير التبع أصلا.

الثاني، أن السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقتين؛ لأن كل واحد منهما يسكن منفردا، ولو كان بينهما داران، لم يكن لأحدهما المطالبة بجعل كل دار نصيبا كذا هاهنا. الثالث، أن صاحب القرار يملك قرارها وهواءها، فإذا جعل السفل نصيبا انفرد صاحبه بالهواء، وليست هذه قسمة عادلة. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقسمه الحاكم، يجعل ذراعا من السفل بذراعين من العلو. وقال أبو يوسف: ذراع بذراع. وقال محمد: يقسمها بالقيمة. واحتجوا بأنها دار واحدة، فإذا قسمها على ما يراه جاز، كالتي لا علو لها. ولنا ما ذكرناه من المعاني الثلاثة، وفيها رد ما ذكروه، وما يذكرونه من كيفية القسمة تحكم، وبعضه يرد

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٣/١٠

بعضا. وإن طلب أحدهما قسمة العلو وحده، أو السفل وحده، لم يجب إليه؛ لأن القسمة تراد للتمييز، ومع بقاء الإشاعة في أحدهما لا يحصل التمييز. وإن طلب قسمة السفل منفردا، أو العلو منفردا، لم يجب إليه؛ لأنه قد يحصل لكل واحد منهما علو سفل الآخر، فيستضر كل واحد منهما، ولا يتميز الحقان.." (١)

"قيمة قليلة، فلا يحصل التعديل، ولأن من شرط الإجبار على القسمة، أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به، وهذا لا ينتفع به آخذه، فإن كان قد أخذه راضيا به، عالما بأنه لا طريق له، جاز؛ لأن قسمة التراضي بيع، وشراؤه على هذا الوجه جائز، و قياس المسألة التي قبل هذه، أن الطريق تبقى بحالها في نصيب الآخر، ما لم يشترط صرفها عنه، كمجرى الماء. والله أعلم.

[فصل للأب والوصي قسمة مال الصغير مع شريكه]

(٨٣٢٦) فصل: قال: وللأب والوصي قسمة مال الصغير مع شريكه؛ لأن القسمة إما إفراز حق، أو بيع، وكلاهما جائز لهما، ولأن في القسمة مصلحة للصبي، فجازت، كالشراء له، ويحوز لهما قسمة التراضي من غير زيادة في العوض؛ لأن فيه دفعا لضرر الشركة، فأشبه ما لو باعه لضرر الحاجة إلى قضاء الدين، أو الحاجة إلى النفقة.

[فصل الألفاظ التي تنعقد بها ولاية القضاء]

(٨٣٢٧) فصل: ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية الإمام، أو من فوض الإمام إليه ذلك، فإن كان من ولاه ليس بعدل، فهل تصح ولايته؟ على وجهين. ويلزم الإمام أن يختار للقضاء بين المسلمين أفضل من يقدر عليه لهم. والألفاظ التي تنعقد بها الولاية تنقسم إلى صريح وكناية، فالصريحة سبعة ألفاظ؛ وهي: قد وليتك الحكم، وقلدتك، واستنبتك، واستخلفتك، ورددت إليك الحكم، وفوضت إليك، وجعلت إليك. فإذا وجد أحد هذه الألفاظ من المولي، وجوابها من المولي بالقبول، انعقدت الولاية. وأما الكناية، فهي أربعة ألفاظ: قد اعتمدت عليك، وعولت عليك، ووكلت إليك، وأسندت إليك. فلا تنعقد الولاية بها حتى تقترن بها قرينة، نحو قوله: فاحكم فيما وكلت إليك، وانظر فيما أسندت إليك، وتول ما عولت فيه عليك.

وإذا صحت الولاية، وكانت عامة، استفاد بها النظر في عشرة أشياء: فصل الخصومات بين المتنازعين، واستيفاء الحق ممن ثبت عليه، ودفعه إلى مستحقه، والنظر في أموال اليتامى والمجانين، والحجر على من

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٠٥

يرى الحجر عليه لسفه أو فلس، والنظر في الوقوف، في عمله في حفظ أصولها، وإجراء فروعها على ما شرطه الواقف، وتزويج الأيامى اللاتي لا أولياء لهن، وإقامة الحدود والنظر في مصالح المسلمين، في عمله بكف الأذى عن طرقات المسلمين، وأفنيتهم، وتصفح حال شهوده وأمنائه،." (١)

"أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود. وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه: ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ [النور: ١٣] . في آي سواها.

وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «أربعة، وإلا حد في ظهرك» في أخبار سوى هذا.

وأجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين، عدولا، ظاهرا وباطنا، وسواء كان المشهود عليه مسلما أو ذميا.

وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحرارا، فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد. وبه يقول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وشذ أبو ثور، فقال: تقبل فيه شهادة العبيد.

وحكي عن عطاء، وحماد، أنهما قالا: تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين؛ لأنه نقص واحد من عدد الرجال، فقام مقامه امرأتان، كالأموال. ولنا، ظاهر الآية، وأن العبد مختلف في شهادته في المال، فكان ذلك شبهة في الحد؛ لأنه بالشبهات يندرئ، ولا يصح قياس هذا على الأموال؛ لخفة حكمها، وشدة الحاجة إلى إثباتها، لكثرة وقوعها، والاحتياط في حفظها، ولهذا زيد في عدد شهود الزنى على شهود المال.

(٨٣٣٢) فصل: وفي الإقرار بالزنى روايتان، ذكرهما أبو بكر. وللشافعي فيه قولان؛ أحدهما، يثبت بشاهدين؛ قياسا على سائر الأقارير. والثاني، لا يثبت إلا بأربعة؛ لأنه موجب لحد الزنى، أشبه فعله.

[مسألة الشهود فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال]

(٨٣٣٣) مسألة؛ قال: (ولا يقبل فيما سوى الأموال، مما يطلع عليه الرجال، أقل من رجلين) وهذا القسم نوعان؛ أحدهما، العقوبات، وهي الحدود والقصاص فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، إلا ما روي عن عطاء، وحماد، أنهما قالا: يقبل فيه رجل وامرأتان؛ قياسا على الشهادة في الأموال.

ولنا، أن هذا مما يحتاط لدرئه وإسقاطه، ولهذا يندرئ بالشبهات، ولا تدعو الحاجة إلى إثباته، وفي شهادة النساء شبهة، بدليل قوله تعالى: ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة: ٢٨٢] . وأنه لا تقبل شهادتهن وإن كثرن، ما لم يكن معهن رجل، فوجب أن لا تقبل شهادتهن فيه. ولا يصح قياس هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٦/١٠

على المال، لما ذكرنا من الفرق. وبهذا الذي ذكرنا قال سعيد بن المسيب، والشعبي، والنخعي، وحماد، والزهري، وربيعة، ومالك،." [1]

"ولنا، ما روى أبو موسى، قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «من لعب بالنردشير، فقد عصى الله ورسوله» . وروى بريدة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من لعب بالنردشير، فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه» . رواهما أبو داود. وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير، لم يسلم عليهم. إذا ثبت هذا، فمن تكرر منه اللعب به، لم تقبل شهادته، سواء لعب به قمارا أو غير قمار. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، وظاهر مذهب الشافعي. قال مالك: من لعب بالنرد والشطرنج، فلا أرى شهادته طائلة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فماذا بعد الحق إلا الضلال﴾ [يونس: ٣٢] . وهذا ليس من الحق، فيكون من الضلال.

(٨٣٦٢) فصل: فأما الشطرنج فهو كالنرد في التحريم، إلا أن النرد آكد منه في التحريم؛ لورود النص في تحريمه، لكن هذا في معناه، فيثبت فيه حكمه، قياسا عليه. وذكر القاضي أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه؛ علي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن عباس، وسعيد بن المسيب والقاسم وسالما، وعروة، ومحمد بن علي بن الحسين، ومطرا الوراق، ومالكا. وهو قول أبي حنيفة. وذهب الشافعي إلى إباحته.

وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير. واحتجوا بأن الأصل الإباحة، ولم يرد بتحريمها نص، ولا هي في معنى المنصوص عليه، فتبقى على الإباحة. ويفارق الشطرنج النرد من وجهين؛ أحدهما، أن في الشطرنج تدبير الحرب، فأشبه اللعب بالحراب، والرمي بالنشاب، والمسابقة بالخيل. والثاني، أن المعول في النرد ما يخرجه الكعبتان، فأشبه الأزلام، والمعول في الشطرنج على حذقه وتدبيره، فأشبه المسابقة بالسهام. ولنا، قول الله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة: ٩٠] .

قال علي – رضي الله عنه –: الشطرنج من الميسر. ومر علي – رضي الله عنه – على قوم يلعبون بالشطرنج، فقال: (ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون) . قال أحمد: أصح ما في الشطرنج، قول علي – رضي الله عنه –. وروى واثلة بن الأسقع – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إن الله عز وجل ينظر." [2]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٠/١٠

(٢) المغني لابن قدامة ١٥١/١٠

"أثمانهن حرام» . أخرجه الترمذي، وقال: لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد، وقد تكلم فيه أهل العلم.

وروى ابن مسعود، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الغناء ينبت النفاق في القلب» . والصح أنه من قول ابن مسعود. وعلى كل حال، من اتخذ الغناء صناعة، يؤتي له، ويأتي له، أو اتخذ غلاما أو جارية مغنين، يجمع عليهما الناس، فلا شهادة له؛ لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة، ومن حرمه فهو مع سفهه عاص. مصر متظاهر بفسوقه. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء، وإنما يترنم لنفسه، ولا يغني للناس، أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له، انبنى هذا على الخلاف فيه.

فمن أباحه أو كرهه، لم ترد شهادته، ومن حرمه، قال: إن داوم عليه، ردت شهادته، كسائر الصغائر، وإن لم يداوم عليه، لم ترد شهادته. وإن فعله من يعتقد حله، ف قياس المذهب أنه لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه، كسائر المختلف فيه من الفروع. ومن كان يغشى بيوت الغناء، أو يغشاه المغنون للسماع متظاهرا بذلك، وكثر منه، ردت شهادته، في قولهم جميعا؛ لأنه سفه ودناءة. وإن كان معتبرا به، فهو كالمغني لنفسه، على ما ذكر من التفصيل فيه.

[فصل شهادة الحادي]

(٨٣٦٧) فصل: فأما الحداء، وهو الإنشاد الذي تساق به الإبل، فمباح، لا بأس به في فعله واستماعه؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في سفر، وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء، وكان مع الرجال، وكان أنجشة مع النساء، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لابن رواحة: حرك بالقوم. فاندفع يرتجز، فتبعه أنجشة، فأعنقت الإبل، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لأنجشة: رويدك، رفقا بالقوارير» .

يعني النساء.." (١)

"ما خانا، ولا كذبا، ولا بدلا، ولا كتما، ولا غيرا، وأنها لوصية الرجل، وتركته، فأمضى شهادتهما» . رواهما أبو داود، في " سننه ". وروى الخلال حديث أبي موسى بإسناده. وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم، لا يصح؛ لأن الآية نزلت في قضية عدي، وتميم، بلا خلاف بين المفسرين، وقد فسرها بما قلنا

(١) المغني لابن قدامة ١٥٦/١٠

سعيد بن المسيب، والحسن، وابن سيرين، وعبيدة، وسعيد بن جبير، والشعبي، وسليمان التيمي، وغيرهم، ودلت عليه الأحاديث التي رويناها. ولأنه لو صح ما ذكروه، لم تجب الأيمان؛ لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم.

وحملها على التحمل لا يصح؛ لأنه أمر بإحلافهم، ولا أيمان في التحمل. وحملها على اليمين لا يصح؛ لقوله: ﴿فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله﴾ [المائدة: ١٠٦] . ولأنه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين، وهما شاهدان.

وروى أبو عبيد، في " الناسخ والمنسوخ " أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان. قال أحمد: أهل المدينة ليس عندهم حديث أبي موسى، من أين يعرفونه؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله، وقضاء رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقضاء الصحابة به، وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة، فتعين المصير إليه، والعمل به، سواء وافق القياس أو خالفه.

[مسألة شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض]

(٨٣٧٤) مسألة؛ قال: (ولا تجوز شهادتهم في غير ذلك) مذهب أبي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا. رواه عنه نحو من عشرين نفسا. وممن قال: لا تقبل شهادتهم؛ الحسن، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، ومالك، والشافعي، وأبو ثور. ونقل حنبل، عن أحمد، أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل. وخطأه الخلال في نقله هذا، وكذلك صاحبه أبو بكر، قال: هذا غلط لا شك فيه.

وقال ابن حامد: بل المسألة على روايتين. وقال أبو حفص البرمكي: تقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب، إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه. والمذهب الأول، والظاهر غلط من روى خلاف ذلك. وذهب طائفة من أهل العلم، إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل، ثم اختلفوا؛ فمنهم من قال: الكفر كله ملة واحدة، فتقبل شهادة اليهودي على النصراني، والنصراني على اليهودي. وهذا قول حماد، وسوار، والثوري، والبتي، وأبي حنيفة، وأصحابه.

وعن قتادة، والحكم، وأبي عبيد، وإسحاق: تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض، ولا تقبل شهادة يهودي

على نصراني، ولا نصراني على يهودي. وروي عن الزهري، والشعبي، كقولنا، وكقولهم. واحتجوا بما روي عن جابر، «أن النبي." [1]

"وقال: ﴿لا تدخلوا بيوت النبي﴾ [الأحزاب: ٥٣] . فأضاف البيوت إليهن تارة، وإلى النبي – صلى الله عليه وسلم – أخرى، وقال: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾ [الطلاق: ١] . وقال عمر، للذي قال له: إن غلامي سرق مرآة امرأتي: لا قطع عليه، عبدكم سرق مالكم. ويفارق عقد الإجارة من هذه الوجوه كلها.

[مسألة شهادة الأخ لأخيه]

(٨٣٨٨) مسألة؛ قال: (وشهادة الأخ لأخيه جائزة) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة. روي هذا عن ابن الزبير. وبه قال شريح، وعمر بن عبد العزيز، والشعبي، والنخعي، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وحكي عن ابن المنذر، عن الثوري، أنه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم.

وعن مالك، أنه لا تقبل شهادته لأخيه إذا كان منقطعا إليه في صلته وبره؛ لأنه متهم في حقه. وقال ابن المنذر: قال مالك: لا تجوز شهادة الأخ لأخيه في النسب، وتجوز في الحقوق. ولنا عموم الآيات، ولأنه عدل غير متهم، فتقبل شهادته له كالأجنبي، ولا يصح ال قياس على الوالد والولد؛ لأن بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الأخ.

[فصل شهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب]

(٨٣٨٩) فصل: وشهادة العم وابنه، والخال وابنه، وسائر الأقارب، أولى بالجواز؛ فإن شهادة الأخ إذا أجيزت مع قربه، كان تنبيها على شهادة من هو أبعد منه، بطريق الأولى.

[فصل شهادة أحد الصديقين لصاحبه]

(٨٣٩٠) فصل: وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه، في قول عامة العلماء، إلا مالكا، قال: لا تقبل شهادة الصديق الملاطف؛ لأنه يجر إلى نفسه نفعا بها، فهو متهم، فلم تقبل شهادته، كشهادة العدو على عدوه. ولنا، عموم أدلة الشهادة، وما قاله يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر، وإن كان ربما قضاه دينه منه، فجر إلى نفسه نفعا أعظم مما يرجى هاهنا بين الصديقين. فأما العداوة، فسببها محظور، وفي الشهادة

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٦٦

عليه شفاء غيظه منه، فخالفت الصداقة.

[مسألة شهادة العبد]

(٨٣٩١) مسألة؛ قال: وتجوز شهادة العبد في كل شيء، إلا في الحدود، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء." (١)

"الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة؛ (٨٣٩٢) الفصل الأول: في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص، فالمذهب أنها مقبولة. روي ذلك عن علي، وأنس - رضي الله عنهما -. قال أنس: ما علمت أن أحدا رد شهادة العبد.

وبه قال عروة، وشريح، وإياس، وابن سيرين، والبتي، أبو ثور، وداود، وابن المنذر. وقال عطاء، ومجاهد، والحسن، ومالك، والأوزاعي، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وأبو عبيد: لا تقبل شهادته؛ لأنه غير ذي مروءة، ولأنها مبنية على الكمال لا تتبعض، فلم يدخل فيها العبد، كالميراث. وقال الشعبي، والنخعي، والحكم: تقبل في الشيء اليسير. ولنا، عموم آيات الشهادة، وهو داخل فيها، فإنه من رجالنا، وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية.

وروى عقبة بن الحارث، قال: «تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما. فذكرت ذلك لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: كيف، وقد زعمت ذلك؟» . متفق عليه. وفي رواية أبي داود، «فقلت: يا رسول الله، إنها لكاذبة. قال: وما يدريك، وقد قالت ما قالت، دعها عنك» . ولأنه عدل غير متهم، فتقبل شهادته، كالحر ولا نسلم أنه غير ذي مروءة، فإنه كالحر ينقسم إلى من له مروءة، ومن لا مروءة له، وقد يكون منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأتقياء.

سئل إياس بن معاوية، عن شهادة العبيد، فقال: أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صهيب وكان منهم زياد بن أبي زياد مولى ابن عباس، من العلماء الزهاد، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره، ويكرمه. ومنهم عكرمة مولى ابن عباس، أحد العلماء الثقات. وكثير من العلماء الموالي كانوا عبيدا، أو أبناء عبيد، لم يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية، والحرية لا تغير طبعا، ولا تحدث علما، ولا مروءة، ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة. ولا يصح قياس الشهادة على الميراث، فإن الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه، والعبد لا يمكنه الخلافة؛ لأن ما يصير إليه يملكه سيده، فلا يمكن أن يخلف فيه، ولأن الميراث يقتضي التمليك، والعبد

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٧٥

لا يملك، ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق، وحصول الثقة من القول، والعبد أهل لذلك، فوجب أن تقبل شهادته.." [1]

"التمكن من نفسه، وبذلها للمستحق، وإن كان حقا لله تعالى، كحد الزنى، وشرب الخمر، فتوبته أيضا بالندم، والعزم على ترك العود، ولا يشترط الإقرار به، فإن كان ذلك لم يشتهر عنه، فالأولى له ستر نفسه، والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من أتى شيئا من هذه القاذورات، فليستتر بستر الله تعالى، فإنه من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد» .

فإن الغامدية حين أقرت بالزنى، لم ينكر عليها النبي – صلى الله عليه وسلم – ذلك. وإن كانت معصية مشهورة، فذكر القاضي أن الأولى الإقرار به، ليقام عليه الحد؛ لأنه إذا كان مشهورا، فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه. والصحيح أن ترك الإقرار أولى؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار؛ فعرض لماعز، وللمقر عنده بالسرقة بالرجوع، مع اشتهاره عنه بإقراره، وكره الإقرار، حتى إنه قيل: لما قطع السارق: كأنما أسف وجهه رمادا.

ولم يرد الأمر بالإقرار، ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة، ولا يصح له قياس، إنما ورد الشرع بالستر، والاستتار، والتعريض للمقر بالرجوع عن الإقرار. وقال لهزال، وكان هو الذي أمر ماعزا بالإقرار: «يا هزال، لو سترته بثوبك، كان خيرا لك» .

وقال أصحاب الشافعي: توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح؛ لما ذكرنا، ولأن التوبة توجد حقيقتها بدون الإقرار، وهي تجب ما قبلها، كما ورد في الأخبار، مع ما دلت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار، وترك الإصرار. وأما البدعة، فالتوبة منها بالاعتراف بها، والرجوع عنها، واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها.." [2]

"وقال مالك: لا أعرف هذا. قال الشافعي: وكيف لا يعرفه، وقد أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بالتوبة، وقاله عمر لأبي بكرة،.

[مسألة شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل وردت عليه]

(٨٤٠٢) مسألة؛ قال: (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل، وردت عليه، لم تقبل منه في

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٧٦

(٢) المغني لابن قدامة ١٠/١٨٢

حال عدالته) وجملته أن الحاكم إذا شهد عنده فاسق، فرد شهادته لفسقه، ثم تاب وأصلح، وأعاد تلك الشهادة، لم يكن له أن يقبلها. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور، والمزني، وداود: تقبل. قال ابن المنذر: والنظر يدل على هذا؛ لأنها شهادة عدل، فتقبل، كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته، ثم شهد بها بعد إسلامه.

ولنا، أنه متهم في أدائها؛ لأنه يعير بردها، ولحقته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتعير به، وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار، فتلحقه التهمة في أنه قصد إظهار العدالة، وإعادة الشهادة لتقبل، فيزول ما حصل بردها؛ ولأن الفسق يخفى، فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد، فعند ذلك نقول: شهادة مردودة بالاجتهاد، فلا تقبل بالاجتهاد؛ لأن ذلك يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد. وفارق ما إذا ردت شهادة كافر لكفره، أو صبي لصغره، أو عبد لرقه، ثم أسلم الكافر، وبلغ الصبي، وعتق العبد، وأعادوا تلك الشهادة، فإنها لا ترد؛ لأنها لم ترد أولا بالاجتهاد، وإنما ردت باليقين، ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد، فيتهم في أنه فعلهما لتقبل شهادته، والكافر لا يرى كفره عارا، ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه.

وقد روي عن النخعي، والزهري، وقتادة، وأبي الزناد، ومالك، أنها ترد أيضا في حق من أسلم وبلغ، وعن أحمد، رواية أخرى كذلك؛ لأنها شهادة مردودة، فلم تقبل، كشهادة من كان فاسقا. وقد ذكرنا ما يقتضي فرقا بينهما فيفرقان. وروي عن أحمد، في العبد إذا ردت شهادته لرقه، ثم عتق، وادعى تلك الشهادة، روايتان. وقد ذكرنا أن الأولى أن شهادته تقبل؛ لأن العتق من غير فعله، وهو أمر يظهر، بخلاف الفسق.

[فصل شهد السيد لمكاتبه فردت شهادته ثم عتق المكاتب]

(٨٤٠٣) فصل: وإن شهد السيد لمكاتبه، فردت شهادته أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال، فردت شهادته، ثم عتق المكاتب، وبرأ الجرح، وأعادوا تلك الشهادة، ففي قبولها وجهان؛ أحدهما، تقبل؛ لأن زوال المانع ليس من فعلهم، فأشبه زوال. الصبي بالبلوغ، ولأن ردها بسبب لا عار فيه، فلا يتهم في قصد نفي العار بإعادتها، بخلاف الفسق. والثاني، لا تقبل؛ لأنه ردها باجتهاده، فلا ينقضها باجتهاده.

والأول أشبه بالصحة، فإن الأصل قبول شهادة العدل، ما لم يمنع منه مانع، ولا يصح ال قياس على الشهادة المردودة للفسق؛ لما ذكرنا بينهما من الفرق.." [1]

(١) المغني لابن قدامة ١٨٤/١٠

"[مسألة شهادة العدل على شهادة العدل]

(٨٤٠٧) مسألة؛ قال: (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء، إلا في الحدود، إذا كان الشاهد الأول ميتا أو غائبا) . الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة؛ (٨٤٠٨) الفصل الأول، في جوازها.

والثاني، في موضعها. والثالث، في شرطها. أما الأول: فإن الشهادة على الشهادة جائزة، بإجماع العلماء. وبه يقول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. قال أبو عبيد: أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق، على إمضاء الشهادة على الشهادة في الأموال. ولأن الحاجة داعية إليها، فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف، وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده، وفي ذلك ضرر على الناس، ومشقة شديدة، فوجب أن تقبل، كشهادة الأصل.

[الفصل الثاني الشهادة على الشهادة في الأموال وما يقصد به المال]

(٨٤٠٩) الفصل الثاني: أنها تقبل في الأموال، وما يقصد به المال، بإجماع، كما ذكر أبو عبيد، ولا تقبل في حد. وهذا قول النخعي، والشعبي، وأبي حنيفة، وأصحابه. وقال مالك، والشافعي في قول، وأبو ثور: تقبل في الحدود، وكل حق؛ لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل، فيثبت بالشهادة على الشهادة، كالمال.

ولنا، أن الحدود مبنية على الستر، والدرء بالشبهات، والإسقاط بالرجوع عن الإقرار، والشهادة على الشهادة فيها شبهة؛ فإنها يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع، مع احتمال ذلك في شهود الأصل، وهذا احتمال زائد، لا يوجد في شهادة الأصل، وهو معتبر، بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل، فوجب أن لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات، ولأنها إنما تقبل للحاجة، ولا حاجة إليها في الحد؛ لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه، ولأنه لا نص فيها، ولا يصح قياسها على الأموال؛ لما بينهما من الفرق في الحاجة والتساهل فيها، ولا يصح قياسها على شهادة الأصل؛ لما ذكرنا من الفرق، فبطل إثباتها.

وظاهر كلام أحمد، أنها لا تقبل في القصاص أيضا، ولا حد القذف؛ لأنه قال: إنما تجوز في الحقوق، أما الدماء والحد فلا. وهذا قول أبي حنيفة. وقال مالك، والشافعي، وأبو ثور: تقبل. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لقوله: في كل شيء إلا في الحدود. لأنه حق آدمي، لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به، ولا يستحب

ستره، فأشبه الأموال. وذكر أصحابنا هذا رواية عن أحمد؛ لأن ابن منصور نقل أن سفيان قال: شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة. قال." (١)

"أحمد: ما أحسن ما قال.

فجعله أصحابنا رواية في القصاص. وليس هذا برواية؛ فإن الطلاق لا يشبه القصاص. والمذهب أنها لا تقبل فيه؛ لأنه عقوبة بدنية، تدرأ بالشبهات، وتبنى على الإسقاط، فأشبهت الحدود، فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال، كالنكاح والطلاق، وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين، فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق، فيدل على قبولها في جميع هذه الحقوق. وهو قول الخرقي. وقال ابن حامد: لا تقبل في النكاح. ونحوه قول أبي بكر. فعلى قولهما، لا تقبل إلا في المال، وما يقصد به المال.

وهو قول أبي عبيد؛ لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين، فأشبه حد القذف. ووجه الأول، أنه حق لا يدرأ بالشبهات، فيثبت بالشهادة على الشهادة، كالمال، وبهذا فارق الحدود.

[الفصل الثالث شروط الشهادة]

(٨٤١٠) الفصل الثالث: في شروطها، ولها أربعة شروط؛ أحدها، أن تتعذر شهادة الأصل؛ لموت، أو غيبة، أو مرض، أو حبس، أو خوف من سلطان أو غيره. وبهذا قال مالك، وأبو حنيفة، والشافعي. وحكي عن أبي يوسف، ومحمد، جوازها مع القدرة على شهادة الأصل، قياسا على الرواية وأخبار الديانات وروي عن الشعبي، أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل؛ لأنهما إذا كانا حيين، رجي حضورهما، فكانا كالحاضرين.

وعن أحمد مثل هذا، إلا أن القاضي تأوله على الموت، وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها. ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا، فيزول هذا الخلاف.

ولنا، على اشتراط تعذر شهادة شاهد الأصل، أنه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الأصل، استغني عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع، وكان أحوط للشهادة، فإن سماعه منهما معلوم، وصدق شاهدي الفرع مظنون، والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن، ولأن شهادة الأصل تثبت نفس الحق، وهذه إنما تثبت الشهادة عليه، ولأن في شهادة الفرع ضعفا؛ لأنه يتطرق إليها احتمالان؛ احتمال غلط شاهدي الأصل، واحتمال غلط شاهدي الفرع، فيكون ذلك وهنا فيها، ولذلك لم تنتهض لإثبات

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٨٧

الحدود والقصاص، فينبغي أن لا تثبت إلا عند عدم شاهدي الأصل، كسائر الأبدال، ولا يصح قياسها على أخبار الديانات؛ لأنه خفف فيها، ولهذا لا يعتبر فيها العدد، ولا الذكورية، ولا الحرية، ولا اللفظ، والحاجة داعية إليها في حق عموم الناس، بخلاف مسألتنا.

ولنا، على قبولها عند تعذرها بغير الموت، أنه تعذرت شهادة الأصل، فتقبل شهادة الفرع، كما لو مات شاهدا الأصل، ويخالف الحاضرين؛ فإن سماع شهادتهما ممكن، فلم يجز غير ذلك. إذا ثبت هذا، فذكر القاضي أن الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع، أن يكون شاهد الأصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه. وهذا قاله أبو يوسف، وأبو حامد من أصحاب الشافعي؛ لأن الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر، وقد قال الله تعالى: ﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾ [البقرة: ٢٨٢] .." [(١)]

"ولنا، قول الله تعالى: ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمنا﴾ [المائدة: ١٠٦] . وقال تعالى: ﴿فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما﴾ [المائدة: ١٠٧] . وقال تعالى في اللعان: ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين﴾ [النور: ٦] . وقال تعالى: ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم﴾ [الأنعام: ١٠٩] . قال بعض أهل التفسير: من أقسم بالله، فقد أقسم جهد اليمين «. واستحلف النبي - صلى الله عليه وسلم - ركانة بن عبد يزيد في الطلاق، فقال: آلله ما أردت إلا واحدة» .

حديث الحضرمي والكندي، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: ألك بينة؟ . قال: لا، ولكن أحلفه، والله ما يعلم أنها أرضي غصبنيها.» رواه أبو داود. وقال عثمان لابن عمر: تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه. ولأن في الله كفاية، فوجب أن يكتفى باسمه في اليمين، كالموضع الذي سلموه. فأما حديث ابن عباس وعمر، فإنه يدل على جواز الاستحلاف كذلك، وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده، وما ذكره الباقون فتحكم لا نص فيه، ولا قياس يقتضيه.

إذا ثبت هذا، فإن اليمين في حق المسلم والكافر جميعا بالله تعالى، لا يحلف أحد بغيره؛ لقول الله تعالى: ﴿فيقسمان بالله﴾ [المائدة: ١٠٦] . ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من كان حالفا، فليحلف بالله أو ليصمت» . .

[فصل اليمين في حق كل مدعى عليه]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٨٨

(٨٤٣١) فصل: وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه، سواء كان مسلما أو كافرا، عدلا أو فاسقا، امرأة أو رجلا؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اليمين على المدعى عليه» .

وروى شقيق، عن الأشعث بن قيس، قال: «كان بيني وبين رجل من اليهود أرض، فجحدني،." (١)

"وقوله تعالى: ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة﴾ [المائدة: ١٠٦] . إنما كان في حق أهل الكتاب في الوصية في السفر، وهي قضية خولف فيها ال قياس في مواضع؛ منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين، ومنها استحلاف الشاهدين، ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الإثم، وهم لا يعلمون بها أصلا، فكيف يحتجون بها؟ ولما ذكر أيمان المسلمين أطلق اليمين، ولم يقيدها.

والاحتجاج بهذا أولى من المصير إلى ما خولف فيه ال قياس وترك العمل به. وأما حديثهم، فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر، إنما فيه تغليظ اليمين على الحالف عنده، ولا يلزم من هذا الاستحلاف عنده. وأما قصة مروان، فمن العجب احتجاجهم بها، وذهابهم إلى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها، وقول زيد، فقيه الصحابة وقاضيهم وأفرضهم، أحق أن يحتج به من قول مروان؛ فإن قول مروان لو انفرد، ما جاز الاحتجاج به، فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة، وقول أئمتهم وفقهائهم، ومخالفته فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - وإطلاق كتاب الله تعالى؟ وهذا ما لا يجوز.

وإنما ذكر الخرقي التغليظ بالمكان واللفظ في حق الذمي، لاستحلاف النبي - صلى الله عليه وسلم - اليهود، بقوله: «نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى» . ولقول الله تعالى في حق الكتابيين ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة﴾ [المائدة: ١٠٦] . ولأنه روي عن كعب بن سور، في نصراني قال: اذهبوا به إلى المذبح، واجعلوا الإنجيل في حجره، والتوراة على رأسه.

وقال الشعبي في نصراني: اذهب به إلى البيعة، فاستحلفه بما يستحلف به مثله. وقال ابن المنذر: لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه، ولا بيمين غير الذي يستحلف بها المسلمون. وعلى كل حال، فلا خلاف بين أهل العلم، في أن التغليظ بالزمان والمكان والألفاظ غير واجب، إلا أن ابن الصباغ ذكر أن في وجوب التغليظ بالمكان قولين للشافعي.

وخالفه ابن القاص، فقال: لا خلاف بين أهل العلم، في أن القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه، جاز، وإنما التغليظ بالمكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختيارا واستحسانا.." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٠٣

(٢) المغني لابن قدامة ١٠/٢٠٦

"[فصل شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة]

(٨٤٥٨) فصل: وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به، فحكم الحاكم بالفرقة، ثم رجعا عن الشهادة، وكان قبل الدخول، فالواجب عليهما نصف المسمى. وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي، في أحد قوليه: يجب مهر المثل؛ لأنهما أتلفا عليه البضع، فلزمهما عوضه، وهو مهر المثل. وفي القول الآخر، لزمهما نصف مهر المثل؛ لأنه إنما ملك نصف البضع، بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر. ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم؛ بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها، أو إسلامها، أو قتلها نفسها، فإنها لا تضمن شيئا. ولو فسخت نكاحها قبل الدخول، برضاع من ينفسخ به نكاحها، لم يغرم شيئا، وإنما وجب عليهما نصف المسمى؛ لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما، وقراره عليه، فرجع عليهما، كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره.

وقوله: إنه ملك نصف البضع. غير صحيح؛ فإن البضع لا يجوز تمليك نصفه، ولأن العقد ورد على جميعه، والصداق واجب جميعه، ولهذا تملكه المرأة إذا قبضته، ونماؤه لها، وتملك طلبه إذا لم تقبضه، وإنما يسقط نصفه بالطلاق. وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول، فلا ضمان عليهما. وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد، رواية أخرى، عليهما ضمان المسمى في الصداق؛ لأنهما فوتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض، فكان عليهما ضمان ما وجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول. وقال الشافعي: يلزمهما له مهر المثل؛ لأنهما أتلفا البضع عليه. وقد سبق الكلام معه في هذا، ولا يصح ال قياس على ما قبل الدخول؛ لأنهما قررا عليه نصف المسمى، وكان بعرض السقوط، وها هنا قد تقرر المهر كله بالدخول، فلم يقررا عليه شيئا ولم يخرجا من ملكه متقوما، فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها، أو أخرجته هي بردتها.

[فصل شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا]

فصل: وإن شهدا على امرأة بنكاح، فحكم به الحاكم، ثم رجعا، نظرت؛ فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها، لم يغرما شيئا؛ لأنهما لم يفوتا عليها شيئا. وإن دخل بها، وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل، أو أكثر منه، ووصل إليها، فلا شيء عليهما؛ لأنها أخذت عوض ما فوتاه عليها، وإن كان دونه، فعليهما ما بينهما، وإن لم يصل إليهما، فعليهما ضمان مهر مثلها؛ لأنه عوض ما فوتاه عليها.

[فصل شهدا بكتابة عبده ثم رجعا]

(٨٤٦٠) فصل: وإن شهدا بكتابة عبده، ثم رجعا، نظرت؛ فإن عجز، ورد في الرق، فلا شيء عليهما. وإن أدى، وعتق،." [1]

"[مسألة ادعى دعوى على مريض فأومأ برأسه]

(٨٤٨٨) مسألة؛ قال: (ومن ادعى دعوى على مريض، فأومأ برأسه أي نعم. لم يحكم بها حتى يقول بلسانه) وجملته أن إشارة المريض لا تقوم مقام نطقه، وسواء كان عاجزا عن الكلام أو قادرا عليه. وبهذا قال الثوري وقال الشافعي: يقبل إقراره بإشارته، إذا كان عاجزا عن الكلام لأنه إقرار بالإشارة من عاجز عن الكلام، فأشبه إقرار الأخرس. ولنا، أنه غير مأيوس من نطقه، فلم تقم إشارته مقام نطقه، كالصحيح. وبهذا فارق الأخرس، فإنه مأيوس من نطقه، ولهذا لو أرتج عليه في الصلاة، لم تصح صلاته بغير قراءة، بخلاف الأخرس.

والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيضها مع إمكانه في العدة؛ ولأن عجزه عن النطق غير متحقق، فإنه يحتمل أن يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته، لا لعجزه. وإن صار إلى حال يتحقق الإياس من نطقه، لم يوثق بإشارته؛ لأن المرض الذي أعجزه عن النطق، لم يختص بلسانه، فيجوز أن يكون أثر في عقله أو في سمعه، فلم يدر ما قيل له، بخلاف الأخرس، ولأن الأخرس قد تكررت إشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين، ومماثلة النطق، وهذا لم تتكرر إشارته، فلعله لم يرد الإقرار. إنما أراد الإنكار، أو إسكات من يسأله، ومع هذه الفروق، لا يصح ال قياس.

[مسألة ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة]

(٨٤٨٩) مسألة؛ قال: (ومن ادعى دعوى، وقال: لا بينة لي. ثم أتى بعد ذلك ببينة، لم تقبل؛ لأنه مكذب لبينته) وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو يوسف وابن المنذر: تقبل. وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لأنه يجوز أن ينسى، أو يكون الشاهدان سمعا منه، وصاحب الحق لا يعلم، فلا يثبت بذلك أنه كذب بينته. وقال بعض أصحاب الشافعي: وإن كان الإشهاد أمرا تولاه بنفسه، لم تسمع بينته؛ لأنه أكذبها، وإن كان وكيله أشهد على المدعى عليه، أو شهد من غير علمه، أو من غير أن يشهدهم، سمعت بينته؛ لأنه معذور في نفيه إياها. وهذا القول حسن.

ولنا، أنه أكذب بينته، بإقراره أنه لا يشهد له أحد، فإذا شهد له إنسان، كان تكذيبا له، ويفارق الشاهد إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٣/١٠

قال: لا شهادة عندي. ثم قال: كنت نسيتها. لأن ذلك إقرار لغيره بعد الإنكار، وها هنا هو مقر لخصمه بعدم البينة، فلم يقبل رجوعه عنه. والحكم في ما إذا قال: كل بينة لي زور. كالحكم فيما إذا قال: لا بينة لي. على ما ذكرنا من الخلاف فيه.." (١)

"هذه الاحتمالات، لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له، ويمين المدعي إنما هي قول نفسه، لا ينبغي أن يعطى بها أمرا فيه خطر عظيم، وإثم كبير، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه.

وأما الحديث فإنما تناول الأموال والدماء، فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى، لكان مخصوصا بالحدود، والنكاح في معناه، بل النكاح أولى، لأنه لا يكاد يخلو من شهود، لكون الشهادة شرطا في انعقاده، أو من اشتهاره، فيشهد فيه بالاستفاضة، والحدود بخلاف ذلك. إذا ثبت هذا، فإنه يفرق بينهما، ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها. وإن قلنا: إنها تحلف على الاحتمال الآخر. فنكلت، لم يقض بالنكول، وتحبس، في أحد الوجهين، حتى تقر أو تحلف، وفي الآخر، يخلى سبيلها، وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع، لتقر إن كان المدعي محقا، أو تحلف، فتبرأ إن كان مبطلا.

[فصل ادعى رجل نكاح امرأة]

(٨٤٩٧) فصل: وإذا ادعى رجل نكاح امرأة، احتاج إلى ذكر شرائط النكاح، فيقول: تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها. إن كانت ممن يعتبر رضاها. وهذا منصوص الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج إلى ذكر شرائطه؛ لأنه نوع ملك، فأشبه ملك العبد، ألا ترى أنه لا يحتاج أن يقول: وليست معتدة ولا مرتدة ولنا، أن الناس اختلفوا في شرائط النكاح، فمنهم من يشترط الولي والشهود، ومنهم من لا يشترط، ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها، ومنهم من لا يشترطه، وقد يدعي نكاحا يعتقده صحيحا، والحاكم لا يرى صحته، ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها، ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط، وتقم البينة بها، وتفارق المال، فإن أسبابه تنحصر، وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه، والعقود تكثر شروطها، ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة، وربما لا يحسن المدعي عدها ولا يعرفها، والأموال مما يتساهل فيها؛ ولذلك افترقا في اشتراط الولي والشهود في عقوده، فافترقا في الدعوى. وعدم العدة والردة، لم يختلف الناس فيه، والأصل عدمها ولا تختلف به الأغراض.

فإن كانت المرأة أمة والزوج حرا، ف قياس ما ذكرناه، أنه يحتاج إلى ذكر عدم الطول، وخوف العنت؛

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٣٩

لأنهما من شرائط صحة نكاحها، وأما إن ادعى استدامة الزوجية، ولم يدع العقد، لم يحتج إلى ذكر الشروط في أحد الوجهين؛ لأنه يثبت بالاستفاضة. ولو اشترط ذكر الشروط، لاشترطت الشهادة به، ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة. وفي الثاني يحتاج إلى ذكر الشروط؛ لأنه دعوى نكاح، فأشبه دعوى العقد.

[فصل ادعت المرأة النكاح على زوجها]

(٨٤٩٨) فصل: وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها، وذكرت معه حقا من حقوق النكاح، كالصداق والنفقة." (١)

"ونحوها، سمعت دعواها. بغير خلاف نعلمه؛ لأنها تدعي حقا لها تضيفه إلى سببه، فتسمع دعواها، كما لو ادعت ملكا أضافته إلى الشراء. وإن أفردت دعوى النكاح، فقال القاضي: تسمع دعواها أيضا؛ لأنه سبب لحقوق لها، فتسمع دعواها فيه، كالبيع. وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر، لا تسمع دعواها؛ فيه لأن النكاح حق للزوج عليها، فلا تسمع دعواها حقا لغيرها. فإن قلنا بالأول، سئل الزوج، فإن أنكر ولم تكن بينة، فالقول قوله من غير يمين؛ لأنه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها، فلأن لا يستحلف من الحق له، وهو ينكره، أولى.

ويحتمل أن يستحلف؛ لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين. وإن قامت البينة بالنكاح، ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها. وأما إباحتها له، فتنبني على باطن الأمر، فإن علم أنها زوجته حلت له؛ لأن إنكاره النكاح ليس بطلاق، ولا نوى به الطلاق، وإن علم أنها ليست امرأته؛ إما لعدم العقد، أو لبينونتها منه، لم تحل له. وهل يمكن منها في الظاهر؟ يحتمل وجهين؛ أحدهما، يمكن منها؛ لأن الحاكم قد حكم بالزوجية.

والثاني، لا يمكن منها، لإقراره على نفسه بتحريمها عليه، فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه، كما لو تزوج امرأة، ثم قال: هي أختي من الرضاعة. فإذا ثبت هذا، فإن دعواها النكاح كدعوى الزوج، فيما ذكرنا، من الكشف عن سبب النكاح، وشرائط العقد. ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل.

[فصل ما لا يشترط فيه الولي والشهود]

(٨٤٩٩) فصل: فأما سائر العقود غير النكاح، كالبيع والإجارة والصلح وغيرها، فلا يفتقر إلى الكشف،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٣/١٠

وذكر الشروط، في أصح الوجهين؛ لأنها لا يحتاط لها ولا تفتقر إلى الولي والشهود، فلم تفتقر إلى الكشف، كدعوى العين، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها؛ لأنها مبيع، فأشبهت الجارية، وكذلك إذا كان المدعى عينا أو دينا، لم يحتج إلى ذكر السبب؛ رلأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر، وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه، فلا يكلف بيانه، ويكفيه أن يقول: أستحق هذه العين التي في يده، أو أستحق كذا وكذا في ذمته. ويقول في البيع: إني اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم، أو بعتها منه بذلك. ولا يحتاج أن يقول: وهي ملكه، أو وهي ملكي - ونحن جائز الأمر - وتفرقنا عن تراض.

وذكر أبو الخطاب في العقود وجها آخر، أنه يشترط ذكر شروطها، قياسا على النكاح. وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين، ووجها ثالثا، أنه إن كان المبيع جارية، اشترط ذكر شروط البيع؛ لأنه." (١)

"كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل، وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج، فيستويان على كل واحد من القولين.

وذكر أبو الخطاب فيها، رواية أخرى، أنه يقرع بينهما، فمن خرجت قرعته، حلف أنها لا حق للآخر فيها، وكانت العين له، كما لو كانت في يد غيرهما. والأول أصح؛ للخبر والمعنى. واختلفت الرواية، هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به، أو يكون له من غير يمين؟ فروي أنه يحلف، وهذا ذكره الخرقي؛ لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح، وجب إسقاطهما، كالخبرين إذا تعارضا وتساويا، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما، ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به. وهذا أحد قولي الشافعي؛ بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته، وكل واحد منهما داخل في نصفها، فيحكم له به ببينته، ويحلف معها، في أحد القولين. والرواية الأخرى، أن العين تقسم بينهما من غير يمين. وهو قول مالك، وأبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي. وهو أصح؛ للخبر والمعنى الذي ذكرناه. ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين؛ لأن كل بينة راجحة في نصف العين، على كل واحد من القولين.

وقد ذكرنا أن البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين. فأما إن شهدت إحدى البينتين بأن العين لهذا، وشهدت الأخرى أنها لهذا الآخر، نتجت في ملكه، فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين؛ إحداهما، لا يرجح به. وهو اختيار الخرقي؛ لأنهما تساويا فيما يرجع إلى المختلف فيه، وهو ملك العين الآن، فوجب تساويهما في الحكم. والثانية، تقدم بينة النتاج وما في معناه. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنها تتضمن زيادة علم، وهو معرفة السبب، والأخرى خفي عليها ذلك، فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٤/١٠

والتصرف، فتقدم الأولى عليها، كتقدم بينة الجرح على التعديل. وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما.

[فصل تعارض البينتان في الملك]

(٨٥٠٩) فصل: فإن شهدت إحداهما أنها له منذ سنة، وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين، فظاهر كلام الخرقي." (١)

"التسوية بينهما، وهو أحد قولي الشافعي. وقال القاضي: قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخا. وهو قول أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي لأن المتقدمة التاريخ، أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى، فيثبت الملك فيه، ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان، وتعارضت البينتان في الملك في الحال، فسقطتا، وبقي ملك السابق تجب استدامته، وأن لا يثبت لغيره ملك، إلا من جهته.

ووجه قول الخرقي، أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح؛ لجواز أن يعلم به دون الأول، ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر، أو وهبه له، لقدمت بينته اتفاقا، فإذا لم ترجح بهذا، فلا أقل من التساوي. وقولهم: إنه يثبت الملك في الزمن الماضي من غير معارضة. قلنا: إنما يثبت تبعا لثبوته في الحال، ولو انفرد بأن يدعي الملك في الماضي، لم تسمع دعواه ولا بينته، فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى، فهما سواء. ذكره القاضي.

وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت. وهو قول أبي يوسف، ومحمد. ولنا، أنه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره، فوجب استواؤهما، كما لو أطلقتا، أو استوى تاريخهما.

[فصل ترجيح إحدى البينتين بكثرة العدد]

(٨٥١٠) فصل: ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد، ولا اشتهار العدالة. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. ويتخرج أن ترجح بذلك، مأخوذا من قول الخرقي: ويتبع الأعمى أوثقهما في نفسه. وهذا قول مالك؛ لأن أحد الخبرين يرجح بذلك، فكذلك الشهادة، لأنها خبر، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة، كان الظن به أقوى. وقال الأوزاعي: يقسم على عدد الشهود، فإذا شهد

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٥٠

لأحدهما شاهدان، وللآخر أربعة، قسمت العين بينهما أثلاثا؛ لأن الشهادة سبب الاستحقاق، فيوزع الحق عليها.

ولنا، أن الشهادة مقدرة بالشرع، فلا تختلف بالزيادة، كالدية، وتخالف الخبر، فإنه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد، فرجح بالزيادة. والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين، فصار الحكم متعلقا بهما دون اعتبار الظن، ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات، لا تقبل شهادتهن، وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين. وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال؛ لأن كل واحدة من البينتين حجة في المال، فإذا اجتمعتا تعارضتا، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر شاهد، فبذل يمينه معه، ففيه وجهان؛ أحدهما، يتعارضان؛ لأن كل واحد منهما حجة بمفرده، فأشبها الرجلين مع الرجل والمرأتين.." (١)

"الذي يأخذه جميعه.

فإن كانت البينة لمدعي الثلث، أخذه، والباقي بين الآخرين، لمدعي الكل السدس بغير يمين، ويحلف على السدس الآخر، ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه. وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بينة، فإن قلنا: تقدم بينة صاحب اليد. قسمت بينهم أثلاثا؛ لأن يد كل واحد منهم على الثلث، وإن قلنا: تقدم بينة الخارج. فينبغي أن تسقط بينة صاحب الثلث؛ لأنها داخلة ولمدعي النصف السدس؛ لأن بينته خارجة فيه، ولمدعي الكل خمسة أسداس؛ لأن له السدس بغير بينة؛ لكونه لا منازع له فيه، فإن أحدا لا يدعيه، وله الثلثان؛ لكون بينته خارجة عنهما. وقيل: بل لمدعي الثلث السدس؛ لأن بينة مدعي الكل ومدعي النصف تعارضتا فيه، فتساقطتا، وبقي لمن هو في يده، ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه، وسواء كان لمدعي الثلث بينة، أو لم تكن. وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها، ولا بينة لهم، فالنصف لمدعي الكل؛ لأنه ليس منهم من يدعيه، ويقرع بينهم في النصف الباقي، فإن خرجت القرعة لصاحب الكل، أو لصاحب النصف، حلف وأخذه، وإن خرجت لصاحب الثلث، حلف وأخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين في السدس، فمن قرع صاحبه، حلف وأخذه وإن أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه، فالنصف لمدعي الكل؛ لما ذكرنا، والسدس الزائد، يتنازعه مدعي الكل ومدعي النصف، والثلث يدعيه الثلاثة، وقد تعارضت البينات فيه، فإن قلنا: تسقط البينات.

أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن قرع صاحبه، حلف وأخذه، ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥١/١٠

لهم بينة. وهذا قول أبي عبيد، وقول الشافعي إذ كان بالعراق. وعلى الرواية التي تقول: إذا تعارضت البينات، قسمت العين بين المتداعين. فلمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث، ولمدعي النصف نصف السدس وثلث الثلث، ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع، فتخرج المسألة من ستة وثلاثين سهما؛ لمدعي الكل النصف ثمانية عشر سهما، ونصف السدس ثلاثة، والتسع أربعة، فذلك خمسة وعشرون سهما، ولصاحب النصف سبعة، ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع. وهذا قياس قول قتادة، والحارث العكلي، وابن شبرمة، وحماد، وأبي حنيفة. وهو قول للشافعي وقال أبو ثور: يأخذ مدعي الكل النصف، ويوقف الباقي حتى يتبين. ويروى هذا عن مالك. وهو قول للشافعي.

وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق: تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض، لصاحب الكل ستة، ولصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان، فتصح من أحد عشر سهما. وسئل سهل بن عبد الله بن أبي أوس عن ثلاثة ادعوا كيسا وهو بأيديهم، ولا بينة لهم، وحلف كل." (١)

"لإحداهما على الأخرى. فإن كان في يد المشتري، انبنى ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج، فإن قدمنا بينة الداخل، فهو للمشتري، وإن قدمنا بينة الخارج، قدم العتق؛ لأنه خارج. وإن كان في يد البائع، وقلنا: إن البينتين تسقطان بالتعارض، صارا كمن لا بينة لهما، ويرجع إلى السيد، فإن أنكرهما، حلف لهما، وإن أقر بالعتق، ثبت، ولم يحلف العبد؛ لأنه لو أقر بأنه ما أعتقه، لم يلزمه شيء، فلا فائدة في إحلافه، ويحلف البائع للمشتري. وإن أقر للمشتري ثبت الملك، ولم يحلف العبد؛ لأنه لو أقر له أنه كان أعتقه، لم يلزمه غرم، فلا فائدة في إحلافه.

وإن قلنا: يستعملان فاعترف لأحدهما لم يرجح باعترافه لأن ملكه قد زال فإن قلنا ترجح إحدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما، فمن خرجت قرعته، قدمناه. قال أبو بكر هذا قياس قول أبي عبد الله. فعلى هذا، يحلف من خرجت له القرعة، في أحد الوجهين. وإن قلنا: يقسم. قسمنا العبد، فجعلنا نصفه مبيعا ونصفه حرا، ويسري العتق إلى جميعه إن كان البائع موسرا؛ لأن البينة قامت عليه بأنه أعتقه مختارا، وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما.

[فصل ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك]

(٨٥٢٦) فصل: إذا ادعى رجل زوجية امرأة، فأقرت بذلك، قبل إقرارها، لأنها أقرت على نفسها وهي غير

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٥٣

متهمة، فإنها لو أرادت ابتداء النكاح، لم تمنع منه. وإن ادعاها اثنان، فأقرت لأحدهما، لم يقبل منها؛ لأن الآخر يدعي ملك نصفها، وهي معترفة أن ذلك قد ملك عليها، فصار إقرارها بحق غيرها؛ ولأنها متهمة، فإنها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين، لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر. فإن قيل: فلو تداعيا عينا في يد ثالث، فأقر لأحدهما، قبل. قلنا: لا يثبت الملك بإقراره في العين، وإنما يجعله كصاحب اليد، فيحلف، والنكاح لا يستحق باليمين، فلم ينفع الإقرار به هاهنا، فإن كان لأحد المتداعيين بينة، حكم له بها؛ لأن البينة حجة في النكاح وغيره.

وإن أقاما بينتين، تعارضتا، وسقطتا، وحيل بينهما وبينها، ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة؛ لما ذكرنا، ولا بكونها في بيته ويده؛ لأن اليد لا تثبت على حرة، ولا سبيل إلى القسمة هاهنا، ولا إلى القرعة؛ لأنه لا بد مع القرعة من اليمين، ولا مدخل لها في النكاح.

[فصل قال السيد لعبده إن قتلت فأنت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة]

(٨٥٢٧) فصل: إذا قال السيد لعبده: إن قتلت فأنت حر. ثم مات، فادعى العبد أنه قتل، وأنكر الورثة، فالقول قولهم مع أيمانهم؛ لأن الأصل عدم القتل، فإن أقام بينة بدعواه، عتق، وإن أقام الورثة بينة بموته، قدمت بينة العبد، في أحد الوجهين؛ لأنها تشهد بزيادة، وهي القتل.." (١)

"وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم، فهما سواء، ويقرع بينهما، سواء اتفق تاريخهما أو اختلف؛ لأن الوصية يستوي فيها المتقدم والمتأخر. وقال أبو بكر وابن أبي موسى: يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة؛ لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبدا والآخر حرا، ولا كذلك هاهنا، فيجب أن تقسم الوصية بينهما، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته، كما لو وصى لاثنين بمال. والأول قياس المذهب؛ لأن الإعتاق بعد الموت كالإعتاق في مرض الموت، وقد ثبت في الإعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين، فكذلك بعد الموت، ولأن المعنى المقتضي لتكميل العتق في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات، فيثبت. فأما إن صرح، فقال: إذا مت، فنصف كل واحد من سالم وغانم حر. أو كان في لفظه ما يقتضيه، أو دلت عليه قرينة، ثبت ما اقتضاه.

[فصل شهادة الأجنبية في العتق]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٦١

فصل: وإن خلف المريض ابنين، لا وارث له سواهما، فشهدا أنه أعتق سالما في مرض موته، وشهد أجنبيان أنه أعتق غانما في مرض موته، وكل واحد ثلث ماله، ولم يطعن الابنان في شهادتهما، وكانت البينتان عادلتين، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانا أجنبيين، سواء؛ لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين. فإن طعن الاثنان في شهادة الأجنبيين، وقالا: ما أعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله، إنما أعتق سالما. لم يقبل قولهما في رد شهادة الأجنبية؛ لأنها بينة عادلة مثبتة، والأخرى نافية، وقول المثبت يقدم على قول النافي، ويكون حكم ما شهدت به حكم ما إذا لم يطعن الورثة في شهادتهما، في أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه، أو خرجت له القرعة، ويرق إذا تأخر تاريخه، أو خرجت القرعة لغيره. وأما الذي شهد به الابنان، فيعتق كله؛ لإقرارهما بإعتاقه وحده، واستحقاقه للحرية. وهذا قول القاضي.

وقيل: يعتق ثلثاه إن حكم بعتق سالم، وهو ثلث الباقي؛ لأن العبد الذي شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة، وكالذاهب من التركة بموت أو تلف، فيعتق ثلث الباقي. وهو ثلثا غانم. والأول أصح؛ لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت، وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم، إنما عتق بالشهادة بعد الموت، فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده، فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته. فإن كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الأجنبية، ثبت العتق لسالم، ولم يزاحمه من شهد له الابنان، لفسقهما؛ لأن شهادة الفاسق كعدمها، فلا يقبل قولهما في إسقاط حق ثبت ببينة عادلة، وقد أقر الابنان بعتق غانم، فينظر؛ فإن تقدم تاريخ عتقه، أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له، عتق كله، كما قلنا في التي قبلها.

وإن تأخر تاريخ عتقه، أو خرجت القرعة لغيره، لم يعتق منه شيء؛ لأن الابنين لو كانا عدلين، لم يعتق منه شيء، فإذا كانا فاسقين أولى.." (١)

"شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بينة عادلة، ثبتت الوصيتان، سواء كانت قيمتها سواء أو مختلفة فيعتقان إن لم يخرجا من الثلث، وإن خرجا من الثلث، أقرع بينهما، فيعتق من خرجت له القرعة، ويعتق تمام الثلث من الآخر، سواء تقدمت إحدى الوصيتين على الأخرى أو استوتا؛ لأن المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء.

[فصل شهدت بينة عادلة أنه وصى بثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه رجع عن الوصية]

(٨٥٣١) فصل: ولو شهدت بينة عادلة، أنه وصى لزيد بثلث ماله، وشهدت بينة أخرى أنه رجع عن الوصية

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٦٤

لزيد، ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة، أنه رجع عن الوصية لعمرو، ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادات كلها، وكانت الوصية لبكر سواء كانت البينتان من الورثة، أو لم تكن؛ لأنه لا تهمة في حقهم. وإن كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين، لم تفد هذه الشهادة شيئا؛ لأنه قد ثبت بالبينة الثانية أنه رجع عن وصية زيد، وهي إحدى الوصيتين. فعلى هذا، تثبت الوصية لعمرو.

وإن كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمرو. ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد، فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها، فقال القاضي: لا تصح الشهادة. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنهما لم يعينا المشهود عليه، يصير كما لو قالا: نشهد أن لهذا على أحد هذين ألفا. أو أن لأحد هذين على هذا ألفا، يكون الثلث بين الجميع أثلاثا. وقال أبو بكر: قياس قول أبي عبد الله، أنه لا يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين، ويقرع بينهما، فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته، بطلت وصيته، وهذا قول ابن أبي موسى. وإذا صح الرجوع عن إحداهما بغير تعيين، صحت الشهادة به كذلك. ووجه ذلك، أن الوصية تصح بالمجهول أو تصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين المرجوع عن وصيته.

[فصل الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا]

(٨٥٣٢) فصل: وإن شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله، وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث ماله، انبني هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا؟ فيه وجهان؛ أحدهما، يعارضهما فيحلف عمرو مع شاهده، ويقسم الثلث بينهما، لأن الشاهد واليمين حجة في المال، فأشبه الشاهدين. والثاني، لا يعارضهما؛ لأن الشاهدين أقوى، فيرجحان على الشاهد واليمين. فعلى هذا، ينفرد زيد بالثلث،." (١)

"[مسألة خلف ولدين مسلما وكافرا فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه مات كافرا]

(٨٥٤٥) مسألة: قال ولو مات رجل، وخلف ولدين مسلما وكافرا، فادعى المسلم أن أباه مات مسلما، وادعى الكافر أن أباه مات كافرا، فالقول قول الكافر مع يمينه؛ لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر، يعترف بأن أباه كان كافرا، مدعيا لإسلامه وإن لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته، كان الميراث بينهما نصفين؛ لتساوي أيديهما وجملته أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه، وخلف تركة وابنين، يعترفان أنه أبوهما، أحدهما مسلم، والآخر كافر، فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه، وأن الميراث له دون أخيه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٦/١٠

فالميراث للكافر؛ لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعي كون الميت مسلما أصليا فيجب كون أولاده مسلمين، ويكون أخوه الكافر مرتدا، وهذا خلاف الظاهر، فإن المرتد لا يقر على ردته في دار الإسلام. أو يقول إن أباه كان كافرا، فأسلم قبل موته، فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه، مدع زواله وانتقاله، والأصل بقاء ما كان على ما كان، حتى يثبت زواله، وهذا معنى قول الخرقي: إن المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافرا، مدعيا لإسلامه.

وذكر ابن أبي موسى، عن أحمد، رواية أخرى، أنهما في الدعوى سواء، فالميراث بينهما نصفين، كما لو تنازع اثنان عينا في أيديهما. ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما. وهو قول أبي حنيفة لأن الدار دار الإسلام، يحكم بإسلام لقيطها، ويثبت للميت فيها، إذا لم يعرف أصل دينه، حكم الإسلام؛ في الصلاة عليه، ودفنه، وتكفينه من الوقف الموقوف على أكفان موتى المسلمين، ولأن هذا حكمه حكم الموتى المسلمين في تغسيله، والصلاة عليه، ودفنه في مقابر المسلمين، وسائر أحكامه، فكذلك في ميراثه، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدا، لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته إلى الإمام خبره، وظهور الإسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين، فيما عدا المتنازع فيه.

وقال القاضي: قياس المذهب أنا ننظر فإن كانت التركة في أيديهما، قسمت بينهما نصفين، وإن لم تكن في أيديهما أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه، حلف واستحق، كما قلنا فيما إذا تداعيا عينا. ويقتضي كلامه أنها إذا كانت في يد أحدهما، فهي له مع يمينه. وهذا لا يصلح لأن كل واحد منهما يعترف أن هذه التركة." (١)

"النبي – صلى الله عليه وسلم –، أنه قال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» رواه الترمذي) وجملته أنه إذا كان لرجل على غيره حق، وهو مقر به، باذل له، لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه، بلا خلاف بين أهل العلم، فإن أخذ من ماله شيئا بغير إذنه، لزمه رده إليه، وإن كان قدر حقه؛ لأنه لا يجوز أن يملك عليه عينا من أعيان ماله، بغير اختياره، لغير ضرورة، وإن كانت من جنس حقه؛ لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين.

وإن أتلفها، أو تلفت فصارت دينا في ذمته، وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاضا، في قياس المذهب، والمشهور من مذهب الشافعي وإن كان مانعا له لأمر يبيح المنع، كالتأجيل والإعسار، لم يجز

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٧٥

أخذ شيء من ماله، بغير خلاف، وإن أخذ شيئا، لزمه رده إن كان باقيا، أو عوضه إن كان تالفا، ولا يحصل التقاضي هاهنا؛ لأن الدين الذي له لا يستحق أخذه في الحال، بخلاف التي قبلها. وإن كان مانعا له بغير حق، وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان، لم يجز له الأخذ أيضا بغيره؛ لأنه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه، فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله. وإن لم يقدر على ذلك؛ لكونه جاحدا له، ولا بينة له به، أو لكونه لا يجيبه إلى المحاكمة، ولا يمكنه إجباره على ذلك، أو نحو هذا، فالمشهور في المذهب، أنه ليس له أخذ قدر حقه. وهو إحدى الروايتين عن مالك.

قال ابن عقيل: وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الأخذ وجها في المذهب أخذا من حديث هند، حين قال لها النبي – صلى الله عليه وسلم – «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» . وقال أبو الخطاب: يتخرج لنا جواز الأخذ؛ فإن كان المقدور عليه من جنس حقه، أخذ بقدره، وإن كان من غير جنسه، تحرى، واجتهد في تقويمه مأخوذ من حديث هند، ومن قول أحمد في المرتهن: يركب ويحلب، بقدر ما ينفق، والمرأة تأخذ مؤنتها، وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا وقال الشافعي إن لم يقدر على استخلاص حقه بعينه، فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه، وإن كانت له بينة، وقدر على استخلاصه، ففيه وجهان. والمشهور من مذهب مالك، أنه إن لم يكن لغيره عليه دين، فله أن يأخذ بقدر حقه، وإن كان عليه دين، لم يجز لأنهما يتحاصان في ماله إذا أفلس.

وقال أبو حنيفة: له أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينا، أو ورقا، أو من جنس حقه، وإن كان المال عرضا، لم يجز لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض، ولا تجوز المعاوضة إلا برضى من المتعاوضين، قال الله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾ [النساء: ٢٩] . واحتج من أجاز الأخذ بحديث «هند، حين جاءت إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي. فقال: خذي ما يكفيك." (١)

"وولدك بالمعروف» متفق عليه. وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه، جاز للرجل الذي له الحق على الرجل. ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن.

ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه، فقد خانه، فيدخل في عموم الخبر، وقال – صلى الله عليه وسلم – «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» . ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه، كان

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٧/١٠

معاوضة بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه، فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه، فإن التعيين إليه، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول: اقضني حقي من هذا الكيس دون هذا. ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين، لا يجوز له أخذه إذا كان له دين، كما لو كان باذلا له. فأما حديث هند، فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه في كل وقت، وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت، والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة، بخلاف الدين، وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة، فكأن الحق صار معلوما بعلم قيام مقتضيه، وبينهما فرقان آخران؛ أحدهما، أن للمرأة من التبسط في ماله، بحكم العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف، بخلاف الأجنبي. الثاني، أن النفقة تراد لإحياء النفس، وإبقاء المهجة، وهذا مما لا يصبر عنه، ولا سبيل إلى تركه، فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة، بخلاف، الدين، حتى نقول: لو صارت النفقة ماضية، لم يكن لها أخذها.

ولو وجب لها عليه دين آخر، لم يكن لها أخذه. فعلى هذا، إن أخذ شيئا لزمه رده إن كان باقيا، وإن كان تالفا، وجب مثله إن كان مثليا، أو قيمته إن كان متقوما، فإن كان من جنس دينه، تقاصا، في قياس المذهب، وإن كان من غير جنسه، لزمه غرمه، ومن جوز من أصحابنا الأخذ، فإنه قال: إن وجد من جنس حقه، جاز رهـ الأخذ منه بقدر حقه، من غير زيادة، وليس له الأخذ من غير جنسه مع قدرته على أخذه من جنسه، وإن لم يجد إلا من غير جنس، حقه فيحتمل أن لا يجوز له تملكه؛ لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه، وهذا يبيعه من نفسه، وتلحقه فيه تهمة. ويحتمل أن يجوز له ذلك، كما قالوا: الرهن ينفق عليه، إذا كان مركوبا، أو محلوبا، يركب ويحلب،." [١]

"[فصل قال لأمته أنت حرام علي ينوي به العتق]

(٨٥٧١) فصل: فإن قال لأمته: أنت حرام علي. ينوي به العتق، عتقت. وذكر أبو الخطاب أن فيها رواية أخرى، لا تعتق. كقوله لها: أنت طالق. والصحيح أنها تعتق به؛ لأنه يحتمل، أنت حرام علي؛ لكونك حرة. فتعتق به، كقوله: لا سبيل لي عليك.

[فصل العتق من كل من يجوز تصرفه في المال]

(٨٥٧٢) فصل: ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال، وهو البالغ العاقل الرشيد، سواء كان مسلما، أو ذميا، أو حربيا. ولا نعلم في هذا خلافا، إلا عن أبي حنيفة ومن وافقه، في أن عتق الحربي لا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٨٨

يصح؛ لأنه لا ملك له التمام، بدليل، إباحة أخذه منه، وانتقاء عصمته في نفسه وماله.
ولنا أنه يصح طلاقه، فصح إعتاقه، كالذمي. ولأنه مالك بالغ، عاقل، رشيد، فصح إعتاقه، كالذمي. وقولهم: لا ملك له. لا يصح؛ فإنهم قد قالوا: إنهم يملكون أموال المسلمين بالقهر، فلأن يثبت الملك لهم في غير ذلك أولى.

[فصل عتق الصبي والمجنون]

(٨٥٧٣) فصل: ولا يصح من غير جائز التصرف، فلا يصح عتق الصبي، والمجنون. قال ابن المنذر: هذا قول عامة أهل العلم، وممن حفظنا عنه ذلك؛ الحسن، والشعبي، والزهري، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ وذلك لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «رفع القلم عن ثلاثة؛ عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ» ولأنه تبرع بالمال، فلم يصح منهما، كالهبة. ولا يصح عتق السفيه المحجور عليه، وهو قول القاسم بن محمد. وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى، أنه يصح عتقه، قياسا على طلاقه وتدبيره.
ولنا أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه، فلم يصح عتقه، كالصبي، ولأنه تصرف في المال في حياته، فأشبه بيعه، وهبته. ويفارق الطلاق؛ لأن الحجر عليه في ماله، والطلاق ليس بتصرف فيه. ويفارق التدبير؛ لأنه تصرف فيه بعد موته، وغناه عنه بالموت، ولهذا صحت وصيته، ولم تصح هبته المنجزة. وعتق السكران مبني على طلاقه، وفيه من الخلاف ما فيه. ولا يصح عتق المكره، كما لا يصح طلاقه، ولا بيعه، ولا شيء من تصرفاته.

[فصل العتق من غير المالك]

(٨٥٧٤) فصل: ولا يصح العتق من غير المالك، فلو أعتق عبيد ولده الصغير، أو يتيمه الذي في حجره، لم يصح. وبهذا." (١)

"وقال أبو حنيفة: لا يعتق إلا حصة المعتق، ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء؛ إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه، فيعتق حينئذ.
ولنا الحديث الذي رويناه وهو حديث صحيح، متفق عليه، ورواه مالك، في " موطئه "، عن نافع، عن ابن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٩٦

عمر، فأثبت النبي - صلى الله عليه وسلم - العتق في جميعه، وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه، ولم يجعل له خيرة، ولا لغيره. وروى قتادة، عن أبي المليح، عن أبيه، «أن رجلا من قومه أعتق شقصا له من مملوك، فرفع ذلك إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فجعل خلاصه عليه في ماله، وقال: ليس لله شريك» . قال أبو عبد الله: الصحيح أنه عن أبي المليح، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسل، وليس فيه عن أبيه. هذا معنى كلامه. وقول البتي شاذ، يخالف الأخبار كلها، فلا يعول عليه.

وحديث التلب يتعين حمله على المعسر، جمعا بين الأحاديث. و قياس العتق على البيع لا يصح، فإن البيع لا يسري فيما إذا كان العبد كله له، والعتق يسري، فإنه لو باع نصف عبده، لم يسر، ولو أعتق نصفه، عتق كله. وإذا ثبت هذا، فإن ولاءه يكون له؛ لأنه عتق بإعتاقه من ماله، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الولاء لمن أعتق» . ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه. (٨٥٧٨)

فصل: ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين، أو بعضهم مسلما، وبعضهم كافرا. ذكره القاضي. وهو قول الشافعي. وقال أبو الخطاب: في الكافر وجه، أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم، أنه لا يسري إلى باقيه، ولا يقوم عليه؛ لأنه لا يصح شراء الكافر عبدا مسلما. ولنا عموم الخبر، ولأن ذلك ثبت لإزالة الضرر، فاستوى فيه المسلم والكافر، كالرد بالعيب، والغرض هاهنا تكميل العتق، ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك، بخلاف الشراء ولو قدر أن هاهنا تمليكا، لكان تقديرا في أدنى زمان، حصل ضرورة تحصيل العتق، ولا ضرر فيه، فإن قدر فيه ضرر، فهو مغمور." (١)

"بالنسبة إلى ما يحصل من العتق، فوجوده كالعدم، و قياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق، والله أعلم.

[مسألة أعتق الشركاء بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة]

(٨٥٧٩) مسألة: قال: (فإن أعتقاه بعد عتق الأول، وقبل أخذ القيمة، لم يثبت لهما فيه عتق؛ لأنه قد صار حرا بعتق الأول له) يعني أن العتق يسري إلى جميعه باللفظ، لا بدفع القيمة، فيعتق كله حين لفظ بالعتق ويصير حرا، وتستقر القيمة عليه، فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره. وبهذا قال ابن شبرمة، وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد، وإسحاق، وابن المنذر والشافعي في قول له، واختاره المزني.

وقال الزهري، وعمرو بن دينار ومالك والشافعي، في قول: لا يعتق إلا بدفع القيمة، ويكون قبل ذلك ملكا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٩٩

لصاحبه، ينفذ عتقه فيه، ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق. وهذا مقتضى قول أبي حنيفة. واحتجوا بقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «قوم عليه قيمة العدل، فأعطي شركاؤه حصصهم، وعتق جميع العبد» . وفي لفظ رواه أبو داود: «فإن كان موسرا يقوم عليه قيمة عدل، لا وكس ولا شطط، ثم يعتق» . فجعله عتيقا بعد دفع القيمة، ولأن العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقا، لم يعتق إلا بالأداء، كالمكاتب. وللشافعي قول ثالث، أن العتق مراعى، فإن دفع القيمة تبينا أنه كان عتق من حين أعتق نصيبه، وإن لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق؛ لأن فيه احتياطا لهما جميعا.

ولنا. حديث ابن عمر، روي بألفاظ مختلفة، تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ، فمنها، لفظ رواه أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من أعتق شركا له في عبد، فكان له ما يبلغ ثمنه." (١)

"باعترافه بحريته بإعتاق شريكه، ولا يثبت له عليه ولاء؛ لأنه لا يدعي إعتاقه، بل يعترف بأن المعتق غيره، وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلما، فهو كمخلص الأسير من أيدي الكفار. وقال أبو الخطاب: يسري؛ لأنه شراء حصل به الإعتاق، فأشبه شراء بعض ولده. وإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه، ليسترق ما اشتراه، لم يقبل منه؛ لأنه رجوع عن الإقرار بالحرية، فلم يقبل، كما لو أقر بحرية عبده، ثم أكذب نفسه. وهل يثبت له الولاء عليه إن أعتقه؟ يحتمل أن لا يثبت؛ لما ذكرنا.

ويحتمل أن يثبت؛ لأننا نعلم أن على العبد ولاء، ولا يدعيه أحد سواه، ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه، وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حرا لا ولاء عليه لواحد منهما، فإن أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه على وجهين، وإن أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان يثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لأن أحدا لا ينازعه فيه، وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء، ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه لأننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما، وأنه بينهما إما بالعتق الأول لهما وإما بالثاني لأنهما إن كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولا، وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه، وإن كان أحدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لأنه لم يعتق النصف الذي كان له أولا ولا يصح عتقه في الذي اشتراه، لأنه كان حرا قبل شرائه والولاء كله للكاذب، لأنه أعتق النصف

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٠٠

الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه فأعتقه، وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما.

[فصل شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه]

(٢٩٥٨) فصل وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه، وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق، وبهذا قال الأوزاعي ومالك والشافعي وابن المنذر، وهو قياس قول أبي حنيفة، ولا يثبت للمشتري ولاء على العبد لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه، ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد من كل واحد وعتق، أو شهد مع كل واحد منهما عدل آخر وعتق العبد أو ادعى عبد أن سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق، ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لأن أحدا لا يدعيه، ولا يثبت لأحد حق ينكره، فإن عاد من ثبت إعتاقه فاعترف به ثبت له." (١)

"فالأول، حتى يستوفي الثلث. وإن وقع العتق دفعة واحدة، ولم يخرجوا من الثلث، أقرع بينهم، فأخرج الثلث بالقرعة. ومسألة الخرقي فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة، ولم يكن له مال سواهم. وأما إن دبرهم، استوى المقدم والمؤخر منهم؛ لأن التدبير عتق معلق بشرط، وهو الموت، والشرط إذا وجد ثبت المشروط به في وقت واحد، وكذلك الموصى بعتقه، يستوي هو والتدبير؛ لأن الجميع عتق بعد الموت، فمتى أعتق ثلاثة أعبد متساوين في القيمة، هم جميع ماله، دفعة واحدة، أو دبرهم، أو وصى بعتقهم، أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم، ولم يجز الورثة أكثر من الثلث، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق، فمن خرج له سهم الحرية، عتق ورق صاحباه. وبهذا قال عمر بن عبد العزيز، وأبان بن عثمان، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وداود، وابن جرير.

وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد ثلثه، ويستسعى في باقيه. وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب، وشريح، والشعبي، والنخعي، وقتادة، وحماد لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق، فيتساوون في الاستحقاق، كما لو كان يملك ثلثهم وحده، وهو ثلث ماله، أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل. وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة، وقالوا: هي من القمار وحكم الجاهلية. ولعلهم يردون الخبر الوارد في هذه المسألة؛ لمخالفته قياس الأصول.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٨/١٠

وذكر الحديث لحماد، فقال: هذا قول الشيخ – يعني إبليس – فقال له محمد بن ذكوان: وضع القلم عن ثلاثة؛ أحدهم المجنون حتى يفيق – يعني إنك مجنون – فقال له حماد: ما دعاك إلى هذا؟ فقال له محمد: وأنت، فما دعاك إلى هذا؟ وهذا قليل في جواب حماد، وكان حريا أن يستتاب عن هذا، فإن تاب وإلا ضربت عنقه. ولنا ما روى عمران بن الحصين، «أن رجلا من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه، لا مال له غيرهم، فجزأهم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ستة أجزاء، فأعتق اثنين، وأرق أربعة» . وهذا نص في محل النزاع، وحجة لنا في الأمرين المختلف فيهما، وهما جمع الحرية واستعمال القرعة، وهو حديث صحيح ثابت، رواه مسلم، وأبو داود، وسائر أصحاب السنن. ورواه عن عمران بن الحصين الحسن، وابن سيرين، وأبو المهلب،." (١)

"ثلاثة أئمة. ورواه الإمام أحمد، عن إسحاق بن عيسى، عن هشيم، عن خالد الحذاء، عن أبي قلابة، عن أبي زيد الأنصاري، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –. قال أحمد: أبو زيد الأنصاري رجل من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم –. وروي نحوه عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – . ولأنه حق في تفريقه ضرر، فوجب جمعه بالقرعة، كقسمة الإجبار إذا طلبها أحد الشريكين، ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين، لأحدهما ثلثها، وللآخر ثلثاها، وفيها ثلاثة مساكن متساوية، لا ضرر في قسمتها، فطلب أحدهما القسمة، فإنه يجعل كل بيت سهما، ويقرع بينهم بثلاثة أسهم؛ لصاحب الثلث سهم، وللآخر سهمان. وقولهم: إن الخبر يخالف قياس الأصول. ونمنع ذلك، بل هو موافق له؛ لما ذكرناه. و قياسهم فاسد؛ لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده، لم يمكن جمع نصيبه، والوصية لا ضرر في تفريقها، بخلاف مسألتنا.

وإن سلمنا مخالفته قياس الأصول، فقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – واجب الاتباع، سواء وافق ال قياس أو خالفه؛ لأنه قول المعصوم، الذي جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين، وأمرنا باتباعه وطاعته، وحذر العقاب في مخالفة أمره، وجعل الفوز في طاعته، والضلال في معصيته، وتطرق الخطأ إلى القائس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – والأئمة بعدهم في روايتهم، على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة، فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر، ونقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها؛ وقولهم في مسألتنا في مخالفة ال قياس والأصول، أشد وأعظم، والضرر في مذهبهم أعظم؛ وذلك لأن الإجماع منعقد على أن صاحب الثلث

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣١٨

في الوصية وما في معناها، لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثلاه، وفي مسألتنا يعتقون الثلث، ويستسعون العبد في الثلثين، فلا يحصل للورثة شيء في الحال أصلا، ويحيلونهم على السعاية، وربما لا يحصل منها شيء أصلا، وربما لا يحصل منها في الشهر إلا درهم أو درهمان، فيكون هذا في حكم من لم يحصل له شيء، وفيه ضرر على العبيد؛ لأنهم يجبرونهم على الكسب والسعاية، عن غير اختيار منهم، وربما كان المجبر على ذلك جارية، فيحملها ذلك على البغاء، أو عبدا، فيسرق أو يقطع الطريق، وفيه ضرر على الميت، حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والإضرار، وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه، والدعاء عليه من عبيده وورثته.

وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا، قال: «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين»." (١)

"يخرج من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث، عتق منه بقدر الثلث. ولو كان المعتق حيا، ولم ينو واحدا بعينه، لم يكن له التعيين، وأعتق أحدهم بالقرعة.

وإن قال: أردت واحدا منهم بعينه. قبل منه وتعينت الحرية فيه. وقال أبو حنيفة، والشافعي: له تعيين أحدهم، فيعتق من عينه، وإن لم يكن نواه حالة القول، ويطالب المعتق بالتعيين، فإذا عين أحدهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه؛ لأن تعيين العتق ابتداء، فإذا أوقعه غير معين، كان له تعيينه، كالطلاق. ولنا أن مستحق العتق غير معين، فلم يملك تعيينه، كما لو أعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث، وكما لو أعتق معينا ثم نسيه والطلاق كمسألتنا. فأما إن مات المعتق ولم يعين، فالحكم عندنا لا يختلف، وليس للورثة التعيين، بل يخرج المعتق بالقرعة.

وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا: لا ندري أيهم أعتق. وقال أبو حنيفة: لهم التعيين؛ لأنهم يقومون مقام موروثهم. وقد سبق الكلام في المعتق.

[فصل أعتق إحدى إمائه ثم وطئ إحداهن]

. (٨٦٢٣) فصل: ولو أعتق إحدى إمائه، ثم وطئ إحداهن لم يتعين الرق فيها. وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي: يتعين الرق فيها. لأن الحرية عنده تتعين بتعيينه، ووطؤه دليل على تعيينه. وقد سبق الكلام على هذا الأصل. ولأن المعتقة واحدة، فلم تتعين بالوطء، كما لو أعتق واحدة ثم نسيها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٩/١٠

[فصل أعتق واحدا بعينه ونسيه]

. (٨٦٢٤) فصل: وإذا أعتق واحدا بعينه، ونسيه، ف قياس قول أحمد، أن يعتق أحدهم بالقرعة. وهذا قول الليث وقال الشافعي: يقف الأمر حتى يذكر، فإن مات قبل أن يتبين، أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب يعتقون كلهم. وقال مالك: إن أعتق عبدا له ومات، ولم يبين فكانوا ثلاثة، عتق منهم بقدر ثلثهم، وإن كانوا أربعة، عتق منهم بقدر ربع قيمتهم. وعلى هذا فيقرع بينهم، فإن خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع. أعيدت القرعة حتى تكمل. وقال أصحاب: الرأي: إن قال الشهود: نشهد أن فلانا أعتق أحد عبيده، ولم يسم. عتق ثلث كل واحد منهم، وسعى في باقيه، أو ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة، وإن قالوا: نشهد أن فلانا أعتق بعض عبيده ونسيناه. فشهادتهم باطلة. ونحو هذا قول الشعبي، والأوزاعي ولم يذكرا ما ذكره أصحاب الرأي في الشهادة.

ولنا أن مستحق العتق غير معين فأشبه ما لو أعتق جميعهم في مرض موته، فإن أقرع، بينهم فخرجت القرعة لواحد، ثم قال المعتق: ذكرت أن المعتق غيره. ففيه وجهان: أحدهما، يرد الأول إلى الرق، ويعتق الذي عينه؛ لأنه تبين له المعتق، فعتق دون غيره، كما لو لم يقرع.." (١)

"وأبي حنيفة؛ لأنه أعتقه بعوض، فلم يعتق بدون قبوله، كما لو قال: أنت حر بألف. وهذه الرواية أصح؛ لأن " على " تستعمل للشرط والعوض، قال الله تعالى: ﴿قال له موسى هل أتبعك على أن تعلمني مما علمت رشدا﴾ [الكهف: ٦٦] . وقال تعالى ﴿فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا﴾ [الكهف: ٩٤] . ولو قال في النكاح: زوجتك ابنتي فلانة، على صداق خمسمائة درهم. فقال الآخر: قبلت. صح النكاح، وثبت الصداق. وقال الفقهاء: إذا تزوجها على ألف لها، وألف لأبيها، كان ذلك جائزا. فأما إذا قال: أعتقتك على أن تخدمني سنة. فقبل، ففيها روايتان، كالتي قبلها. وقيل: إن لم يقبل العبد، لم يعتق. رواية واحدة. فعلى هذا، إذا قبل العبد، عتق في الحال، ولزمته خدمته سنة. فإن مات السيد قبل كمال السنة، رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: تقسط قيمة العبد على خدمة السنة، فيقسط منها بقدر ما مضى، ويرجع عليه بما بقي من قيمته.

ولنا أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ، فإذا تعذر فيه استيفاء العوض، رجع إلى قيمته، كالخلع في النكاح، والصلح في دم العمد. وإن قال: أنت حر، على أن تعطيني ألفا. فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل، فإذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٢٦

قبل، عتق، ولزمه الألف. وإن قال: أنت حر بألف. لم يعتق حتى يقبل، فيعتق، ويلزمه ألف.

[فصل علق عتق أمته بصفة وهي حامل]

(٨٦٤٣) فصل: وإذا علق عتق أمته بصفة، وهي حامل، تبعها ولدها في ذلك؛ لأنه كعضو من أعضائها، فإن وضعته قبل وجود الصفة، ثم وجدت الصفة، عتق؛ لأنه تابع في الصفة، فأشبه ما لو كان في الصفة فأشبه ما لو كان في البطن. وإن كانت حائلا حين التعليق، ثم وجدت الصفة وهي حامل، عتقت هي وحملها؛ لأن العتق وجد فيها وهي حامل، فتبعها ولدها، كالمنجز. وإن حملت بعد التعليق، وولدت قبل وجود الصفة، ثم وجدت بعد ذلك، لم يعتق الولد؛ لأن الصفة لم تتعرق به لا في حال التعليق، ولا في حال العتق. وفيه وجه آخر، أنه يتبعها في العتق، قياسا على ولد المدبرة.

وإن بطلت الصفة ببيع أو موت، لم يعتق الولد؛ لأنه إنما يبيعها في العتق، لا في الصفة، فإذا لم توجد فيها، لم يوجد فيه، بخلاف ولد المدبرة؛ فإنه تبعها في التدبير فإذا بطل فيها، بقي فيه.

[مسألة أسلمت أم ولد النصراني]

(٨٦٤٤) مسألة: قال: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني، منع من غشيانها، والتلذذ بها، وأجبر على نفقتها، فإن أسلم، حلت له وإذا مات عتقت) هذه المسألة يؤخر شرحها إلى باب عتق أمهات الأولاد؛ فإنه أليق بها.." (١)

"[مسألة قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين]

(٨٦٤٥) مسألة: قال: (وإذا قال لأمته: أول ولد تلدينه، فهو حر. فولدت اثنين، أقرع بينهما، فمن أصابته القرعة، فهو حر إذا أشكل أولهما خروجا) إنما كان كذلك؛ لأن أحدهما استحق العتق، ولم يعلم بعينه، فوجب إخراجه بالقرعة، كما لو قال لعبيده: كذلك أحدكم حر. وقد سبق القول في هذه المسألة. فأما إن علم أولهما خروجا، فهو الحر وحده. وهذا قول مالك والثوري، وأبي هاشم، والشافعي، وابن المنذر وقال الحسن، والشعبي وقتادة: إذا ولدت ولدين في بطن، فهما حران. ولنا أنه إنما أعتق الأول، والذي خرج أولا هو أول المولودين فاختص العتق به كما لو ولدتهما في بطنين.

(٨٦٤٦) فصل: فإن ولدت الأول ميتا، والثاني حيا، فذكر الشريف أنه يعتق الحي منهما. وبه قال أبو

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٣٨

حنيفة وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي: لا يعتق واحد منهما. وهو الصحيح، إن شاء الله تعالى؛ لأن شرط العتق إنما وجد في الميت، وليس بمحل للعتق، فانحلت اليمين به، وإنما قلنا: إن شرط العتق إنما وجد فيه؛ لأنه أول ولد، بدليل أنه لو قال لأمته: إذا ولدت ولدا، فأنت حرة. فولدت ولدا ميتا، عتقت. ووجه الأول، أن العتق يستحيل في الميت، فتعلقت اليمين بالحي، كما لو قال: إن ضربت فلانا، فعبدي حر. فضربه حيا، عتق، وإن ضربه ميتا، لم يعتق. ولأنه معلوم من طريق العادة، أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه، وهو أن يكون حيا، فتصير الحياة مشروطة فيه، فكأنه قال أول ولد تلدينه حيا فهو حر.

[فصل قال لأمته كل ولد تلدينه فهو حر]

. (٨٦٤٧) فصل: وإن قال لأمته: كل ولد تلدينه، فهو حر. عتق كل ولد ولدته. في قول جمهور العلماء منهم مالك والشافعي، والأوزاعي، والليث، والثوري قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم. فإن باع الأمة، ثم ولدت، لم يعتق ولدها؛ لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه.

[فصل قال أول غلام أملكه فهو حر]

فصل: فإن قال: أول غلام أملكه، فهو حر. انبنى ذلك على العتق قبل الملك، وفيه روايتان؛ فإن قلنا يصح عتق أول من يملكه. فإن ملك اثنين، عتق أحدهما بالقرعة، في قياس قول أحمد؛ فإنه قال، في رواية مهنا: إذا قال: أول من يطلع من عبيدي، فهو حر. فطلع اثنان، أو جميعهم، فإنه يقرع بينهم. ويحتمل أن." (١)

"أحدهما، خاص، نحو أن يقول: إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، أو في بلدي هذا، أو عامي هذا، فأنت حر، فهذا جائز على ما قال، إن مات على الصفة التي شرطها عتق العبد، وإلا لم يعتق. وقال مهنا: سألت أحمد عن من قال لعبده: أنت حر مدبر اليوم؟ قال: يكون مدبرا ذلك اليوم، فإن مات ذلك اليوم صار حرا. يعني إذا مات المولى.

الضرب الثاني، أن يعلق التدبير على صفة، مثل أن يقول إن دخلت الدار، أو إن قدم زيد أو إن شفى الله مريضي، فأنت حر مدبر، أو فأنت حر بعد موتي. فهذا لا يصير مدبرا في الحال؛ لأنه علق التدبير على شرط، فإذا وجد، صار مدبرا، وعتق بموت سيده، وإن لم يوجد الشرط في حياة السيد، ووجد بعد موته، لم يعتق؛ لأن إطلاق الشرط في حياة السيد يقتضي وجوده في الحياة، بدليل ما لو علق عليه عتقا منجزا، فقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٩/١٠

إذا دخلت الدار، فأنت حر. فدخلها بعد موته، لم يعتق، وكما لو قال لوكيله: بع عبدي. فمات الموكل قبل بيعه، بطلت وكالته. ولأن المدبر من علق عتقه بالموت، وهذا قبل الموت لم يكن مدبرا، وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير.

وإن قال: إن دخلت الدار بعد موتي، فأنت حر. فذكر أبو الخطاب فيها روايتين؛ إحداهما، لا يعتق. وهو قياس المنصوص عنه، في قوله: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر. فإنه قال: لا يعتق؛ لأنه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره، فلم يعتق، كما لو قال: إن دخلت الدار بعد بيعي إياك، فأنت حر. ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه، فلم يعتق كالمنجز. والثانية، يعتق. وهو الذي ذكره القاضي. وهو مذهب؛ الشافعي؛ لأنه صرح بذلك، فحمل عليه كما لو وصى بإعتاقه، وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها، ويفارق التصرف بعد البيع؛ فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته في ثلثه، بخلاف ما بعد البيع. والأول أصح، إن شاء الله تعالى. ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة؛ لأن الملك لا يستقر للورثة فيه، ولا يملكون التصرف فيه، بخلاف مسألتنا.

وقولهم: حصل له التصرف في ثلثه. قلنا: إنما يتصرف فيه تصرفا يثبت عقيب موته، ويمنع انتقاله إلى الوارث، وإن ثبت للوارث، فهو ثبوت غير مستقر، وقد قيل: يكون مراعى، فإذا قبل الموصى له، تبينا أن الملك كان له من حين الموت. وإن لم يقبل، تبينا أنه كان للوارث. فعلى قولنا: لا يعتق بالدخول بعد الموت. للوارث التصرف فيه كيف شاء، ومن صحح هذا الشرط، احتمل." (١)

": من يشتريه مني. فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم، فدفعها إليه وقال: أنت أحوج منه» . متفق عليه. قال جابر: عبد قبطي، مات عام أول، في إمارة ابن الزبير.

وقال أبو إسحاق الجوزجاني: صحت أحاديث بيع المدبر، باستقامة الطرق، والخبر إذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس. ولأنه عتق بصفة، ثبت بقول المعتق، فلم يمنع البيع، كما لو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر. ولأنه تبرع بمال بعد الموت، فلم يمنع البيع في الحياة، كالوصية. قال أحمد: هم يقولون: من قال: غلامي حر رأس الشهر. فله بيعه قبل رأس الشهر، وإن قال: غدا. فله بيعه اليوم. وإن قال: إذا مت. قال: لا يبيعه، فالموت أكثر من الأجل، ليس هذا قياسا، إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر، فله أن يبيعه قبل مجيء الموت، وهم يقولون في من قال: إن مت من مرضي هذا، فعبدي حر. ثم لم يمت من مرضه ذلك، فليس بشيء. وإن قال: إن مت، فهو حر. لا يباع. وهذا متناقض، إنما أصله الوصية من الثلث، فله

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٤٤

أن يغير وصيته ما دام حيا. فأما خبرهم، فلم يصح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما هو من قول ابن عمر.

قال الطحاوي: هو عن ابن عمر، وليس بمسند عن النبي - صلى الله عليه وسلم -. ويحتمل أنه أراد بعد الموت، أو على الاستحباب. أما أم الولد، فإن عتقها يثبت بغير اختيار سيدها، وليس بتبرع، ويكون من جميع المال، ولا يمكن إبطاله بحال، والتدبير بخلافه. ووجه قول الخرقي، إن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما باع المدبر عند الحاجة، فلا يتجاوز به موضع الحاجة.

[مسألة بيع المدبرة في الدين]

(٨٦٦٤) مسألة قال: (ولا تباع المدبرة في الدين، إلا في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله، رحمه الله. والرواية الأخرى، الأمة كالعبد) لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير إمامنا، - رحمه الله -، وإنما احتاط في رواية المنع من بيعها؛ لأن فيه إباحة فرجها، وتسليط مشتريها على وطئها، مع وقوع الخلاف في بيعها وحلها، فكره الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه، والظاهر أن هذا المنع منه كان على سبيل الورع، لا على التحريم البات؛ فإنه إنما قال: لا يعجبني بيعها. والصحيح جواز بيعها؛ فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها. ولأن المدبرة في معنى المدبر، فما ثبت فيه، ثبت فيها.

[مسألة دبر عبده ثم باعه ثم اشتراه]

(٨٦٦٥) مسألة: قال: (فإن اشتراه بعد ذلك، رجع في التدبير) وجملة ذلك، أن السيد إذا دبر عبده، ثم باعه، ثم اشتراه، عاد تدبيره؛ لأنه علق عتقه بصفة، فإذا باعه ثم اشتراه، عادت الصفة. كما لو قال: أنت حر، إن دخلت الدار. ثم باعه، ثم اشتراه. وذكر القاضي، أن." (١)

"فإن عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه، وهو والمسلم في ذلك سواء، فإذا جاز إبطال ولاء أحدهما، جاز في الآخر مثله.

[فصل ارتد سيد المدبر]

(٨٦٧٠) فصل: فإن ارتد سيد المدبر، فذكر القاضي، أن المذهب أنه يكون موقوفا، فإن عاد إلى الإسلام، فالتدبير باق بحاله؛ لأنا تبينا أن ملكه لم يزل، وإن قتل أو مات على ردته، لم يعتق المدبر؛ لأنا تبينا أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٩/١٠

ملكه زال بردته. وقال أبو بكر: قياس قول أبي عبد الله، إن تدبيره يبطل بالردة، فإن عاد إلى الإسلام، استأنف التدبير. وقال الشافعي: التدبير باق ويعتق بموت سيده؛ لأن تدبيره سبق ردته، فهو كبيعه وهبته قبل ارتداده. وهذا ينبني على القول في مال المرتد، هل هو باق على ملكه، أو قد زال بردته. وقد ذكر في باب المرتد.

فأما إن دبر في حال ردته، فتدبيره مراعى، فإن عاد إلى الإسلام، تبينا أن تدبيره وقع صحيحا، وإن قتل أو مات على ردته، تبينا أنه وقع باطلا، ولم يعتق المدبر. وقال ابن أبي موسى: تدبيره باطل. وهذا قول أبي بكر لأن الملك عنده يزول بالردة، وإذا أسلم رد إليه تملكا مستأنفا.

[مسألة ما ولدت المدبرة بعد تدبيرها]

(٨٦٧١) مسألة: قال: (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها، فولدها بمنزلتها) وجملته أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها، لا يخلو من حالين؛ أحدهما، أن يكون موجودا حال تدبيرها، ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير، فهذا يدخل معها في التدبير. بلا خلاف نعلمه؛ لأنه بمنزلة عضو من أعضائها. فإن بطل التدبير في الأم؛ لبيع أو موت، أو رجوع بالقول، لم يبطل في الولد؛ لأنه ثبت فيه أصلا. الحال الثاني، أن تحمل به بعد التدبير، فهذا يتبع أمه في التدبير، ويكون حكمه كحكمها في العتق بموت سيدها. في قول أكثر أهل العلم، روي ذلك عن ابن مسعود، وابن عمر. وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن، والقاسم، ومجاهد، والشعبي، وان نخعي، وعمر بن عبد العزيز، والزهري، ومالك، والثوري، والحسن بن صالح، وأصحاب الرأي.

وذكر القاضي، أن حنبلا نقل عن أحمد، أن ولد المدبرة عبد، إذا لم يشرط المولى. قال: فظاهر هذا أنه لا يتبعها، ولا يعتق بموت سيدها. وهذا قول جابر بن زيد، وعطاء. وللشافعي قولان، كالمذهبين؛ أحدهما، يتبعها. وهو اختيار المزني؛ لأن عتقها معلق بصفة، تثبت بقول المعتق وحده، فأشبهت من." (١)

"وذكر أبو بكر والقاضي وأبو الخطاب أنه إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة، وعجز عن ربعها عتق؛ لأنه يجب رده إليه، فلا يرد إلى الرق بعجزه عنه، لأنه عجز عن أداء حق هو له، لا حق للسيد، فلا معنى لتعجيزه فيما يجب رده إليه.

وقال علي - رضي الله عنه -: يعتق منه بقدر ما أدى. لما روى ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٢/١٠

وسلم - أنه قال: «إذا أصاب المكاتب حدا، أو ميراثا، ورث بحساب ما عتق منه، ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر، وما بقي دية عبد» رواه الترمذي، وقال حديث حسن. وروي عن عمر، وعلي - رضي الله عنهما -، أنه إذا أدى الشطر، فلا رق عليه.

وروي ذلك عن النخعي.

وقال عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه -: إذا أدى قدر قيمته، فهو غريم. وقضى به شريح. وقال الحسن، في المكاتب: إذا عجز استسعى بعد العجز سنتين.

ولنا، ما روى سعيد، ثنا هشيم، عن حجاج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية، فعجز عن عشر أواق، فهو رقيق» . وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» . رواه أبو داود، ولأنه عوض عن المكاتب، فلا يعتق قبل أدائه، كالقدر المتفق عليه، ولأنه لو أعتق بعضه، لسرى إلى باقيه، كما لو باشره بالعتق، فإن العتق لا يتبعض في الملك.

فأما حديث ابن عباس، فمحمول على مكاتب لرجل مات، وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته، وأنكر الآخر، فأدى إلى المقر، أو ما أشبهها من الصور، جمعا بين الأخبار، وتوفيقا بينهما وبين الـ قياس.

ولأن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا كان لإحداكن مكاتب، فملك ما يؤدي، فلتحتجب منه» دليل على اعتبار." (١)

"وقال أصحاب الشافعي: في ذلك وجهان: أحدهما، كقولنا.

والثاني، الولاء بين الاثنين؛ لأنه يثبت لموروثهما، فكان لهما بالميراث. والصحيح ما قلناه؛ لما ذكرناه، ولا يمنع ثبوت الولاء للأب، واختصاص أحد الابنين به، كما لو ادعى أحدهما دينا لأبيه على إنسان، وأنكره الآخر، فإن المدعي يأخذ نصيبه من الدين، ويختص به دون أخيه، وإن كان يرثه عن الأب، وكذلك لو ادعياه معا، وأقاما به شاهدا واحدا، فحلف أحدهما مع الشاهد، وأبى الآخر. فإن أعتق أحدهما حصته، عتق، وسرى إلى باقيه، إن كان موسرا. وهذا قول الخرقي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أعتق شركا له من عبد، وكان له ما يبلغ قيمة العبد، قوم عليه قيمة العدل، وأعطي شركاؤه حصصهم» . ولأنه موسر أعتق نصيبه من عبد مشترك، فسرى إلى باقيه، كغير المكاتب. وقال أبو بكر، والقاضي: لا تعتق إلا حصته؛ لأنه إن كان المعتق المقر، فهو منفذ، وإن كان المـنكر، لم يصر إلى نصيب المقر؛ لأنه مكاتب

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٧٤

لغيره، وفي سراية العتق إليه إبطال سبب الولاء عليه، فلم يجز ذلك.

[مسألة منع المكاتب من السفر]

(٨٧٢٨) مسألة: قال: (ولا يمنع المكاتب من السفر) . وجملته أن المكاتب لا يمنع من السفر، قريبا كان أو بعيدا. وهذا قول الشعبي، والنخعي، وسعيد بن جبير، والثوري، والحسن بن صالح. وأبي حنيفة. ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره، لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله؛ لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها، والرجوع في وقته عند عجزه فمنع منه، كالغريم الذي يحل عليه الدين قبل مدة سفره. واختلف قول الشافعي، فقال: في موضع: له السفر.

وفي قول ليس له السفر. فقال بعض أصحابه: فيها قولان. وقال بعضهم: ليست على قولين، إنما هي على اختلاف حالين؛ فالموضع الذي قال: له السفر. إذا كان قصيرا؛ لأنه في حكم الحاضر، والموضع الذي منع منه، إذا كان بعيدا، يتعذر معه استيفاء نجومه، والرجوع في رقه عند عجزه.

ولنا، أن المكاتب في يد نفسه، وإنما للسيد عليه دين، فأشبه الحر المدين، وما ذكروه لا أصل له، ويبطل بالحر الغريم.

[فصل شرط عليه في الكتابة أن لا يسافر]

(٨٧٢٩) فصل: فإن شرط عليه في الكتابة أن لا يسافر، فقال القاضي: الشرط باطل. وهو قول الحسن، وسعيد بن جبير، والشعبي، والنخعي، وأبي حنيفة؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، فلم يصح شرطه، كشرط ترك الاكتساب، ولأنه." (١)

"مع ما تعلق بهم من الحقوق، ولحقهم من النقص، فلم يجز ذلك له، كإعتاقهم، وفارق إجارة الدار، فإنها من جهات المكاسب عادة. فعلى هذا، إن وجب تزويجهم، لطلبهم ذلك، وحاجتهم إليه، باعهم؛ فإن العبد متى طلب التزويج، خير سيده بين بيعه وتزويجه.

وإن أذن له السيد في ذلك، جاز؛ لأن الحق له، والمنع من أجله، فجاز بإذنه.

[فصل إعتاق المكاتب رقيقه بغير إذن سيده]

(٨٧٣٤) فصل: وليس له إعتاق رقيقه، إلا بإذن سيده. وبهذا قال الحسن، والأوزاعي، ومالك، والشافعي،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٩٠

وأبو حنيفة؛ لأن فيه ضررا على سيده، بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال، فأشبه الهبة. فإن أعتق، لم يصح إعتاقه. ويتخرج أن يصح، ويقف على إذن سيده. وقال أبو بكر: هو موقوف على آخر أمر المكاتب؛ فإن أدى، عتق معتقه، وإن لم يؤد، رق. قال القاضي: هذا قياس المذهب، كقولنا في ذوي الأرحام، إنهم موقوفون. ولنا، أنه تبرع بماله بغير إذن سيده، فكان باطلا، كالهبة، ولأنه تصرف تصرفا منع منه لحق سيده، فكان باطلا، كسائر ما يمنع منه. ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه؛ لأن عتق ذوي أرحامه ليس بتصرف منه، وإنما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم، والمكاتب ملكه ناقص، فلم يعتق به، فإذا عتق كمل ملكه، فعتقوا حينئذ، والمعتق إنما يعتق بالإعتاق الذي كان باطلا، فلا تتيقن صحته إذا كمل الملك؛ لأن كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملا حين الإعتاق، وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بأدائه. فأما إن أذن فيه سيده، صح.

وقال الشافعي، في أحد القولين: لا يصح؛ لأن تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته، وهو العتق الذي هو حق لله تعالى، أو فيه حق له، فلا يجوز تفويته، ولأن العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله، ولأن ملك المكاتب ناقص، والسيد لا يملك إعتاق ما في يده ولا هبته، فلم يصح لأنه فيه.

ولنا، أن الحق لا يخرج عنهما، فإذا اتفقا على التبرع به، جاز، كالراهن والمرتهن. وما ذكروه يبطل بالنكاح، فإنه لا يملك ولا يملكه السيد عليه، وإذا أذن له فيه، جاز، وأما الولاء فإنه يكون موقوفا فإن عتق المكاتب، كان له، وإلا فهو لسيده، كما يرق مماليكه من ذوي أرحامه. هذا قول القاضي. وقال القاضي أبو بكر: يكون لسيده؛ لأن إعتاقه إنما صح بإذن سيده، فكان كالنائب له.." (١)

"وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالإبراء من نجوم الكتابة ولأن ملكها كان ثابتا على ما في يدها ولم يحدث إلا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها، وهذا أصح، والله أعلم.

[فصل المكاتبة إن أعتقها سيدها]

(٨٧٥٤) فصل: وإن أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها، وما في يدها لها في قول القاضي ومن وافقه. فأما على قول الخرقي ومن وافقه، فقياسه أن يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد. ويحتمل أن يكون لها على قولهم أيضا؛ لأن السيد أعتقها برضاه فيكون رضى منه بإعطائها مالها بخلاف العتق

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٩٤

بالاستيلاد فإنه حصل بغير رضى الورثة واختيارهم، ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد بإعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء، فمتى كان له غرض في أخذ ماله، إما لكثرته وفضله عن نجوم كتابته، وإما لغرض له في بعض أعيان ماله، أعتقه وأخذ ماله، وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع.

[فصل المكاتبة إن أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها.]

(٨٧٥٥) فصل: وإن أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها في العتق بكل واحد من السببين، أيهما سبق عتق به كالأم سواء؛ لأنه تابع لها فيثبت له ما يثبت لها وإن ماتت المكاتبة بقي للولد سبب الاستيلاد وحده وإن اختلفا في ولدها فقالت: ولدته بعد كتابتي أو بعد ولايتي. وقال السيد: بل قبله. فقال أبو بكر: القول قول السيد مع يمينه وهذا قول الشافعي؛ لأن الأصل كون الأمة وولدها رقيقا، لسيدهما التصرف فيهما وهي تدعي ما يمنع التصرف.

وإن زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد: هو لي؛ لأنها ولدته قبل بيعها لك وقال المكاتب: بل بعده فالقول قول المكاتب؛ لأنهما في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الأموال ويفارق ولد المكاتبة؛ لأنها لا تدعي ملكه.

[فصل كانت الأمة بين شريكين فكاتباها ثم وطئها أحدهما]

(٨٧٥٦) فصل: إذا كانت الأمة بين شريكين فكاتباها ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطئ؛ لمكاتبته الخالصة له؛ لأن الوطء هاهنا حرم من وجهين؛ الشركة والكتابة، فهو آكد وإثمه أعظم وأدبه أكثر، وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحدا، فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر، فإذا حل نجمها سلمته إليهما، وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطئ بالمهر، وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطئ نصفه وسلمته." (١)

"قلنا: إمساكه المعيب راضيا به رضى منه بإسقاط حقه فجرى مجرى إبرائه من بقية كتابته. وإن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب أو رده فله ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٣/١٠

قال أبو بكر: و قياس قول أحمد – رحمه الله – أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الأرش؛ لأن العتق إتلاف واستهلاك، فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع، ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع.

وقال القاضي: يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع؛ لأن العتق إنما استقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع، وإن اختار إمساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع، ولأننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك، وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقا.

وإن تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب، والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرناه فيما مضى.

ولو قال السيد لعبده: إن أعطيتني عبدا فأنت حر فأعطاه عبدا فبان حرا أو مستحقا لم يعتق بذلك؛ لأن معناه: إن أعطيته ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه. (٨٧٧٣) فصل: وإذا دفع إليه مال الكتابة ظاهرا فقال له السيد: أنت حر ثم بان العوض مستحقا لم يعتق بذلك؛ لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء، فلو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه؛ لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى.

[مسألة ما يأخذه السيد من نجوم كتابته.]

(٨٧٧٤) مسألة: قال: (وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولا) وجملته أن ما يأخذه من نجوم كتابته – كمال استفاده بكسب أو غيره – فيملكه بأخذه ويستقبل به حولا؛ لأنه لا يملك ما في يد مكاتبه، ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب؛ لأن ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي.

[مسألة المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال.]

(٨٧٧٥) مسألة: قال: (وإذا جنى المكاتب بدئ بجنايته قبل كتابته، فإن عجز كان سيده مخيرا بين أن يفديه بقيمته إن كانت أقل من جنايته أو يسلمه) .." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٩/١٠

"ماله، وبقي باقيه لحق الورثة، والموضع الذي لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة، إذا كان عتقه بها، لأنه إذا بقي عليه شيء، فما حصل الاستيفاء، ويختص المعاوضة، فلم تثبت الحرية في العوض.

[فصل وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة]

(٨٧٨٨) فصل: وإن وصى سيده بإعتاقه، أو إبرائه من الكتابة، وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه في مرضه، أو أبرأه، إلا أنه يحتاج هاهنا إلى إيقاع العتق؛ لأنه أوصى به. وإن لم يخرج الأقل منهما من ثلثه، أعتق منه بقدر الثلث، ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق، ويبقى باقيه على باقي الكتابة، فإن أداه، عتق جميعه، وإن عجز، عتق منه بقدر الثلث، ورق الباقي. و قياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال، كقولنا في من دبر عبدا له وله مال غائب، أو دين في ذمة موسر أو معسر: إنه يعتق ثلثه في الحال، وإن لم يحصل للورثة في الحال شيء. ولأن حق الورثة متحقق الحصول، فإنه إن أدى، وإلا عاد الباقي قنا، وذكر القاضي فيه وجها آخر، أنه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه؛ لئلا يتنجز للوصية ما عتق منه، ويتأخر حق الوارث، وكذلك لو كان له مال غائب، أو دين حاضر، لم تتنجز وصيته من الحاضر. والأول أصح؛ لما ذكرناه.

وأما الحاضر والغائب، فإنه إن كان أوصى له بالحاضر، أخذ ثلثه في الحال، ووقف الباقي على قدوم الغائب، فقد حصل للموصى له ثلثه الحاضر، ولم يحصل للورثة شيء في الحال، فهو كمسألتنا، ولم يكمل له جميع وصيته؛ لأن الغائب غير موثوق بحصوله، فإنه ربما تلف، بخلاف ما نحن فيه. فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة، فإنها تقف على أداء مال الكتابة.

[مسألة ادعى المكاتب وفاء كتابته وأتى بشاهد]

مسألة؛ قال: وإذا ادعى المكاتب وفاء كتابته، وأتى بشاهد، حلف مع شاهده، وصار حرا وهذا قول الشافعي - رضي الله عنه -؛ لأن النزاع بينهما في أداء المال، والمال يقبل فيه الشاهد واليمين. فإن قيل: القصد بهذه الشهادة العتق، وهو مما لا يثبت بشاهد ويمين. قلنا: بل يثبت بشاهد ويمين، في رواية، وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك، لكن الشهادة هاهنا إنما هي بأداء المال، والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول، ولم يشهد الشاهد به، ولا بينهما، فيه نزاع، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين، كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة، ويترتب عليها ثبوت النسب، الذي لا يثبت بشهادة النساء، ولا بشاهد واحد. (٨٧٩٠)

فصل: فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه منكر. وإن قال العبد: لي شاهد." (١)

"قال ابن المنذر: بيعت بريرة بعلم النبي – صلى الله عليه وسلم – وهي مكاتبة، ولم ينكر ذلك، ففي ذلك أبين البيان أن بيعه جائز، ولا أعلم خبرا يعارضه، ولا أعلم في شيء من الأخبار دليلا على عجزها. وتأوله الشافعي على أنها كانت قد عجزت، وكان بيعها فسخا لكتابتها. وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة، وليس في الخبر ما يدل عليه، بل قولها: أعينيني على كتابتي. دلالة على بقائها على الكتابة، ولأنها أخبرتها أن نجومها في كل عام أوقية، فالعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين، أو بمضي عام عند الآخرين، والظاهر أن شراء عائشة لها كان في أول كتابتها، ولا يصح قياسه على أم الولد؛ لأن سبب حريتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال، فأشبه الوقف، والمكاتب يجوز رده إلى الرق، وفسخ كتابته إذا عجز، فافترقا. قال ابن أبي موسى: وهل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما عليه؟ على روايتين.

ولأن المكاتب عبد مملوك لسيده، لم يتحتم عتقه، فجاز بيعه، كالمعلق عتقه بصفة؛ والدليل على أنه مملوك، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» . وأن مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه، بدليل قوله – عليه السلام –: «إذا كان لإحداكن مكاتب، فملك ما يؤدي، فلتحتجب منه» فيدل على أنها لا تحتجب قبل ذلك. وقد روينا في هذا عن نبهان مولى أم سلمة، أنه قال: قالت لي أم سلمة: يا نبهان، هل عندك ما تؤدي؟ قلت: نعم. فأخرجت الحجاب بيني وبينها، وروت هذا الحديث. قال فقلت: لا والله عندي ما أؤدي، ولا أنا بمؤد. وإنما سقط الحجاب عنها منه؛ لكونه مملوكها، ولأنه يصح عتقه، ولا يصح عتق من ليس بمملوك، ويرجع عند العجز إلى كونه قنا، ولو صار حرا، ما عاد إلى الرق، ويفارق إعتاقه؛ لأنه يزيل الرق بالكلية، وليس بعقد، وإنما هو إسقاط للملك فيه، وأما بيعه، فلا يمنع مالكه بيعه، وأما البائع، فلم يبق له فيه ملك، بخلاف مسألتنا.

[فصل هبة المكاتب والوصية به ونقل الملك فيه]

(٨٧٩٧) فصل: وتجوز هبته، والوصية به، ونقل الملك فيه؛ لأنه في معنى بيعه. وقد روي عن أحمد أنه منع هبته؛ لأن الشرع إنما ورد ببيعه. والصحيح جوازها؛ لأن ما كان في معنى المنصوص عليه، ثبت الحكم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٢٩

فيه.

[مسألة مشتري المكاتب]

(٨٧٩٨) مسألة؛ قال: ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب، فإذا أدى، صار حرا. وولاؤه لمشتريه، فإن لم يبين البائع للمشتري أنه مكاتب، فهو مخير بين أن يرجع في الثمن، أو يأخذ ما بينه سليما ومكاتبا." (١)

"[فصل وصى السيد بكتابته لرجل]

(٨٨٠٢) فصل: وإن وصى بكتابته لرجل، صحت الوصية؛ لأنها تصح بما ليس بمستقر، كما تصح بما لا يملكه في الحال؛ من ثمرة شجرة، وحمل جاريته. وللموصى له أن يستوفي المال عند حلوله، وله أن يبرئ منه؛ فإذا استوفاه، أو أبرأه منه، عتق المكاتب، والولاء لسيده؛ لأنه المنعم عليه، وإن عجز المكاتب، فأراد الوارث تعجيزه، وأراد الموصى له إنظاره، فالقول قول الوارث؛ لأن حق الموصى له في المال ما دام العقد قائما، وحق الوارث متعلق به، إذا عجزه يرده في الرق، وليس للموصى له إبطال حق الوارث من تعجيزه. وإن أراد الوارث إنظاره، وأراد الموصى له تعجيزه، لم يكن له؛ لأن الحق في التعجيز والفسخ للوارث، ولا حق للموصى له في ذلك، ولا بيع؛ لأن حقه يسقط به. ومتى عجز، عاد عبدا للورثة.

وإن وصى لرجل بما تعجله المكاتب، صح؛ لأنها وصية بصفة، فإن عجل شيئا، فهو للموصى له، وإن لم يعجل شيئا حتى حلت نجومه، بطلت الوصية.

[فصل وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر]

(٨٨٠٣) فصل: وإن وصى بمال الكتابة لرجل، وبرقبته لآخر، صحت الوصيتان؛ فإن أدى إلى صاحب المال، أو أبرأه منه، عتق. قال أصحابنا: وتبطل وصية صاحب الرقبة. ويحتمل أن لا تبطل، ويكون الولاء له؛ لأنه أقامه مقام نفسه في استحقاق الرقبة، ولو لم يوص بها لكان الولاء له، فإذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها، ولأنه لو وصى له بالمكاتب مطلقا، لكان الولاء له، فكذلك إذا وصى برقبته؛ لأن الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال. وإن عجز، فسخ صاحب الرقبة كتابته، وكان رقيقا له، وبطلت الوصية بالمال. وإن كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئا، فهو له. وإن اختلفا في فسخ الكتابة عند العجز قدم قول صاحب الرقبة؛ لأنه يقوم مقام الورثة، على ما بيناه فيما تقدم. و قياس هذه المسألة، أنه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٣٥

لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة، أنه لا يصح؛ لأن الوصية بالرقبة دون المال صحيحة، فيما إذا وصى بها لرجل وحده، وأوصى بالمال لآخر.

[فصل كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب]

(٨٨٠٤) فصل: وإذا كانت الكتابة فاسدة، فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب، لم تصح الوصية؛ لأنه لا شيء في ذمته. وإن قال: وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة. صح؛ لأن الكتابة الفاسدة يؤدى فيها المال، كما يؤدى في الصحيحة. وإن وصى برقبة المكاتب، صح؛ لأن الوصية برقبة المكاتب تصح في الكتابة الصحيحة، ففي الفاسدة أولى.

[فصل الوصية لمكاتبه]

(٨٨٠٥) فصل: وتصح الوصية لمكاتبه؛ لأنه مع سيده في المعاملة كالأجنبي، ولذلك جاز أن يدفع إليه زكاته. فإن قال: ضعوا عن مكاتبي بعض كتابته، أو بعض ما عليه وضعوا ما شاءوا، قليلا كان أو كثيرا، من أول نجومه أو من." (١)

"عليه ملك آخر، إلا أنه هاهنا لا يعتق إلا بالقبض؛ لأنا جعلناه عتقا مشروطا بالقبض. وبهذا قال الخرقي: فقد صار العبد حرا بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض. ولو عتق بالبيع، لعتق باعترافهم به، لا بالشهادة بالقبض.

ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن، فشهد عليه شريكاه، وكانا عدلين، قبلت شهادتهما؛ لأنهما عدلان شهدا للعبد بأداء ما يعتق به، فقبلت شهادتهما، كالأجنبيين، ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه؛ لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد، والعبد مشترك بينهم، فثمنه يجب أن يكون بينهم، ولأن ما في يد العبد لهم، والذي أخذاه كان في يده، فيجب أن يشترك الجميع فيه، ويكون بينهم بالسوية، وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة، ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما، فلم تقبل شهادتهما فيه، وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد، دون ما ينتفعان به، كما لو أقر بشيء لغيرهما لهما فيه نفع، فإن إقرارهما يقبل فيما عليهما، دون مالهما.

و قياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض؛ لأنهما يدفعان بها عن أنفسهما مغرما،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٨/١٠

ومن شهد شهادة جر إلى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل، وإنما يقبل ذلك في الإقرار؛ لأن العدالة غير معتبرة فيه، والتهمة لا تمنع من صحته، بخلاف الشهادة. فعلى هذا ال قياس، يعتق نصيب الشاهدين بإقرارهما، ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفا على القبض، وله مطالبته بنصيبه، أو مشاركة صاحبه فيما أخذ. فإن شاركهما، أخذ منهما ثلثي مائة، ورجع على العبد بتمام المائة، ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء، لأنه إن أخذ من العبد، فهو يقول: ظلمني، وأخذ مني مرتين. وإن أخذ من الشاهدين، فهما يقولان: ظلمنا، وأخذ منا ما لا يستحقه علينا. ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه. وإن كانا غير عدلين، فكذلك، سواء قلنا: إن شهادة العدلين مقبولة. أو لا؛ لأن غير العدل لا تقبل شهادته، وإنما يؤاخذ بإقراره.

وإن أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق، إذا حلف، إلا أن يشهدا عليه بالبيع، يكونان عدلين، فتقبل شهادتهما؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة نفعا.

[فصل كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها إليهما وصدقاه]

(٨٨١٤) فصل: وإذا كان العبد بين شريكين، فكاتباه بمائة، فادعى دفعها إليهما، وصدقاه، عتق، فإن أنكر، أو لم تكن بينة، فالقول قولهما مع أيمانهما. وإن أقر أحدهما، وأنكر الآخر، عتق نصيب المقر، وأما المنكر، فعلى قول الخرقي، تقبل شهادة شريكه عليه، إذا كان عدلا، فيحلف العبد مع شهادته، ويصير حرا، ويرجع المنكر." (١)

"على الشاهد، فيشاركه فيما أخذه. وأما ال قياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه؛ لأنه يدفع بشهادته عن نفسه مغرما، والقول قول سيده مع يمينه، فإذا حلف، فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به، وهو خمسة وعشرون؛ لأن ما قبضه كسب العبد، وهو مشترك بينهما. فإن قيل: فالمنكر ينكر قبض شريكه، فكيف يرجع عليه؟ قلنا: إنما ينكر قبض نفسه، وشريكه مقر بالقبض، ويجوز أن يكون قد قبض، فلم يعلم به، وإذا أقر بمتصور، لزمه حكم إقراره، ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه.

فإن قيل: لو كان عليه دين لاثنين، فوفى أحدهما، لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع هاهنا؟ قلنا: إن كان الدين ثابتا بسبب واحد، فما قبض أحدهما منه، يرجع الآخر عليه به، كمسألتنا، وعلى أن هذا يفارق الدين؛ لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم، إنما يتعلق بذمته فحسب، والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب، فلا يدفع شيئا منه إلى أحدهما، إلا كان حق الآخر ثابتا فيه. إذا ثبت هذا، فإنه إن رجع على

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٣/١٠

العبد بخمسين، استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه، ولم يرجع العبد عليه بشيء؛ لأنه إنما قبض حقه. وإن رجع على الشريك، رجع عليه بخمسة وعشرين، وعلى العبد بخمسة وعشرين، ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذ منه؛ لما ذكرنا من قبل. وإن عجز العبد عن أداء ما يرجع به عليه، فله تعجيزه واسترقاقه، ويكون نصفه حرا، ونصفه رقيقا، ورجع على الشريك بنصف ما أخذه، ولا تسري الحرية فيه؛ لأن الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه، وأن هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه، ظالم باسترقاقه، والمنكر يدعي رق العبد جميعه، ولا يعترف بحرية شيء منه؛ لأنه يزعم أني ما قبضت نصيبي من كتابته، وشريكي إن قبض شيئا استحق نصفه بغير إذني، فلا يعتق شيء منه بهذا القبض. وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين؛ لأن السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقي بعضه رقيقا، وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك. وهذا المنصوص عن الشافعي. - رضي الله عنه -

[فصل ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما ليدفع إلى شريكه حقه ويأخذ الباقي وأنكر المدعى عليه]

(٨٨١٥) فصل: فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما، ليدفع إلى شريكه حقه، ويأخذ الباقي، وأنكر المدعى عليه، حلف، وبرئ. وإذا قال: إنما دفعت إلي حقي، وإلى شريكي حقه. ولا بينة للعبد، فالقول قول المدعى عليه، في أنه لم يقبض إلا قدر حقه مع يمينه، ولا نزاع بين العبد وبين الآخر؛ لأنه لم يدع عليه شيئا، وله مطالبة العبد بجميع حقه، وله مطالبته بنصفه، ومطالبة القابض بنصف ما قبضه؛ فإن اختار مطالبة العبد، فله القبض منه بغير يمين، وإن اختار الرجوع على شريكه بنصفه، فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئا؛ لأنه." (١)

"[فصل كاتب عبدين واستوفى من أحدهما ولم يدر من أيهما استوفى]

فصل: وإن كاتب عبدين، واستوفى من أحدهما، ولم يدر من أيهما استوفى، ف قياس المذهب أن يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، عتق ورق الآخر، كما لو أعتق عبدا من عبيده وأنسيه. فإن ادعى الآخر عليه أنه أدى، فعليه اليمين أنه ما أدى إليه. فإن نكل، عتق الآخر. وإن مات السيد قبل القرعة، أقرع الورثة. فإن ادعى الآخر عليهم أنه المؤدي، فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون أنه أدى؛ لأنها يمين على نفي فعل الغير. فإن أقام أحد العبدين بينة أنه أدى عتق، سواء كان قبل القرعة أو بعدها، في حياة السيد أو بعد موته، فإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه، ورق الآخر.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٤٤

وإن كان بعدها، فكذلك؛ لأن القرعة ليست عتقا، وإنما هي معينة للعتق، والبينة أقوى منها، فثبت بها خطأ القرعة، فتبين بقاء الرق في الذي ظننا حريته، كما تبينا حرية من ظننا رقه، ولأن من لم يؤد، لا يصير مؤديا بوقوع القرعة له، فلا يوجد حكمه الذي هو العتق. ويتخرج على قول أبي بكر، وابن حامد، أن يعتقا، على ما ذكرناه في الطلاق. وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدي منهما، ومتى ادعى الآخر أنه أدى، فله اليمين على المدعى عليه، سواء كان السيد أو ورثته، إلا أنه إن كان المدعى عليه السيد، فاليمين على البت، وإن كانت على ورثته، فاليمين على نفي العلم، إلا أن يدعي الأداء إليهم، فتكون أيمانهم على البت أيضا. وعلى كل واحد من الورثة يمين؛ لأن كل واحد منهم يدعى عليه، فلزمته اليمين، كما لو انفرد بالدعوى.

[فصل كان للمكاتب أولاد من معتقة آخر غير سيده]

(٨٨٢٠) فصل: وإذا كان للمكاتب أولاد من معتقة آخر غير سيده، فقال سيده: قد أدى إلي، وعتق، فانجر ولاء ولده إلي. فأنكر ذلك مولى أمهم، وكان المكاتب حيا، فقد صار حرا بهذا القول؛ فإنه إقرار من سيده بعتقه، وينجر ولاء ولده إليه، وإن كان ميتا، فالقول قول مولى أمهم؛ لأن الأصل الرق، وبقاء ولائهم له، فيحلف، ويبقى ولاؤهم له.

[مسألة أعتق الأمة أو كاتبها وشرط ما في بطنها]

(٨٨٢١) مسألة: قال: وإذا أعتق الأمة، أو كاتبها، وشرط ما في بطنها، أو أعتق ما في بطنها دونها، فله شرطه روي نحو هذا القول عن ابن عمر، وأبي هريرة، والنخعي، وإسحاق، وابن المنذر. وقال ابن سيرين: له ما استثنى. وقال عطاء، والشعبي: إذا استثنى ما في بطنها، فله استثناؤه.." [1]

"وقال مالك، والشافعي: لا يصح استثناء الجنين؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن الثنيا إلا أن تعلم. ولأنه لا يصح استثناؤه في البيع، فلا يصح في العتق، كبعض أعضائها.

ولنا، قول ابن عمر، وأبي هريرة، ولم نعلم لهما مخالفا في الصحابة. قال أحمد: أذهب إلى حديث ابن عمر في العتق، ولا أذهب إليه في البيع. وقد روى الأثرم، بإسناده عن ابن عمر، أنه أعتق جارية، واستثنى ما في بطنها. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «المسلمون على شروطهم» . وهذا قد شرط ما في بطن معتقه، فكان له بمقتضى الخبر.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٤٧

ولأنه يصح إقراره بالعتق، فصح استثناؤه وأما خبرهم، فنقول به، والحمل معلوم، فيصح استثناؤه بمقتضى الحديث، ويفارق البيع؛ فإنه عقد معاوضة، يعتبر فيه العلم بصفات العوض؛ ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق. ولا تنافيه الجهالة بها، ويكفي العلم بوجوده، وقد علم ذلك، ولذلك صح إفراد الحمل بالعتق، ولم يصح إفراده بالبيع، ولأن استثناءه في البيع إذا بطل، بطل البيع كله، وها هنا إذا بطل استثناؤه، لم يبطل العتق في الأمة، ويسري الإعتاق إليه، فكيف يصح إعتاقه مع تضاد الحكم فيهما؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها؛ لأن العضو لا يتصور انفراده بالرق والحرية دون الحمل، وكذلك لو أعتق عضوا من أمته، صارت كلها حرة، فإذا عتق بعضها، سرى إلى المستثنى، والولد حيوان منفرد، لو أعتقه لم تسر الحرية إلى أمه، ويصح انفراده بالحرية عن أمه، فيما إذا أعتقه دونها، وفي ولد المغرور بحرية أمه، وفيما إذا وطئ بشبهة، وفي ولد أم الولد، وغير ذلك، ولا يمكن ذلك في بعض الأعضاء، ولأن الولد يرث ويورث، ويوصى به وله، وإذا قتل كان بدله موروثا، ولا تختص به أمه، وتجب الكفارة بقتله، والدية في مقابلته، فكيف يصح قياسه على أعضائها؟ فأما إن أعتق ما في بطنها دونها، فلا أعلم خلافا فيه.

قال إسحاق بن منصور: سئل سفيان عن رجل قال: ما في بطنك حر، قال: هو حر، والأم مملوكة؛ لأن ولدها منها، وليست هي من ولدها. قال أحمد وإسحاق: جيد. وقال مهنا: سألت أحمد – رضي الله عنه – عن رجل زوج أمته، فقالت: قد حبلت. فقال لها مولاها:." [1]

"واحدا منهم بعيب، أو أتلف أحدهم ورد الآخر. ويخالف الإقرار؛ فإنه ليس بعوض. إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق وهذا قول الشافعي.

وقال ابن أبي موسى: لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة. وحكي ذلك عن أبي بكر. وهو قول مالك. وحكي عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه، أجبر عليه الباقون. واحتجوا بأن الكتابة واحدة؛ بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين، ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحدا، وقال أبو حنيفة إن لم يقل لهم السيد إن أديتم عتقتم: فأيهم أدى حصته، عتق. وإن أدى جميعها، عتقوا كلهم، ولم يرجع على صاحبيه بشيء. وإن قال لهم: إن أديتم عتقتم. لم يعتق واحد منهم حتى تؤدى الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلا عن بعض، ويأخذ أيهم شاء بالمال، وأيهم أداها عتقوا كلهم، ورجع على صاحبيه بحصتهما.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٤٨

ولنا، أنه عقد معاوضة مع ثلاثة، فاعتبر كل واحد منهم بأداء حصته كما لو اشتروا عبدا، وكما لو لم يقل لهم إن أديتم عتقتم على قول أبي حنيفة، فإن قوله ذلك لا يؤثر؛ لأن استحقاق العتق بأداء العوض، لا بهذا القول، بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول، ولم يثبت كون هذا القول مانعا من العتق، ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة، فإن العقد مع جماعة عقود، بدليل البيع، ولا يصح ال قياس على كتابة الواحد؛ لأن ما قدره في مقابلة عتقه، وها هنا في مقابلة عتقه ما يخصه، فافترقا. إذا ثبت هذا، فإنه إن شرط عليهم في العقد، أن كل واحد منهم ضامن عن الباقين، فالشرط فاسد، والعقد صحيح.

وقال أبو الخطاب: في الشرط رواية أخرى أنه صحيح. وخرجه ابن حامد وجها، بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة. وقال الشافعي – رضي الله عنه – العقد والشرط فاسدان؛ لأن الشرط فاسد، ولا يمكن تصحيح العقد بدونه؛ لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط، فإذا لم يثبت، لم يكن راضيا بالعقد. وقال مالك، وأبو حنيفة: العقد والشرط صحيحان؛ لأنه مقتضى العقد عندهما. ولنا، أن مال الكتابة ليس بلازم، ولا مآله إلى اللزوم، فلم يصح ضمانه، كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق، فقال: إن أديت إلي ألفا، فأنت حر. ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه، ومال الكتابة لا يلزم المكاتب، فلا يلزم الضامن، ولأن الضمان تبرع، وليس للمكاتب التبرع، ولأنه لا يملك." [1]

"الضمان عن حر، ولا عمن ليس معه في الكتابة، فكذلك من معه. وأما العقد فصحيح؛ لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط؛ بدليل خبر بريرة، وسنذكره فيما بعد، إن شاء الله تعالى. (٨٨٣٤)

فصل: إذا مات بعض المكاتبين، سقط قدر حصته. نص عليه أحمد – رضي الله عنه – في رواية حنبل. وكذلك إن أعتق بعضهم. وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسبا، لم ينفذ عتقه؛ لأنه يضر بالباقين، وإن لم يكن مكتسبا، نفذ عتقه؛ لعدم الضرر فيه. وهذا مبني على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة، وقد مضى الكلام فيه.

[فصل أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ما عليه بغير علم سيده]

(٨٨٣٥) فصل: فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه، أو عن مكاتب آخر، قبل أداء ما عليه، بغير علم سيده، لم يصح؛ لأن هذا تبرع، وليس له التبرع بغير إذن سيده. وإن كان قد حل عليه نجم، صرف ذلك فيه. وإن لم يكن حل عليه نجم، فله الرجوع فيه. وإن علم السيد بذلك، ورضي بقبضه عن الآخر، صح؛

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٥٥

لأن قبضه له راضيا به مع العلم، دليل على الإذن فيه، فجاز، كما لو أذن فيه تصريحا. وإن كان الأداء بعد أن عتق، صح، سواء علم السيد أو لم يعلم. فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه، نظرنا؛ فإن كان قد قصد التبرع عليه، لم يرجع به، وإن أداه محتسبا بالرجوع عليه، وكان الأداء بإذن المؤدى عنه، فهو قرض، يلزمه أداؤه كما لو اقترضه منه، وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه؛ لأنه تبرع عليه بأداء ما لا يلزمه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع، وبهذا فارق سائر الديون.

وإن كان بإذنه، وطلب استيفاءه، قدم على أداء مال الكتابة، كسائر الديون. وإذا عجز عن أدائه، فحكمه حكم سائر الديون. وهذا كله مذهب الشافعي.

[فصل ضمان الحر لمال الكتابة]

(٨٨٣٦) فصل: ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة. وذكر القاضي فيه روايتين؛ إحداهما يصح ضمانه؛ لأنه عوض في معاوضة، فصح ضمانه، كثمن المبيع. ولنا، ما ذكرناه من قبل، ولا يصح قياسه على الثمن؛ لأنه لازم، وهذا غير لازم.

[فصل أدوا أي المكاتبين ما عليهم أو بعضه ثم اختلفوا]

(٨٨٣٧) فصل: وإذا أدوا ما عليهم، أو بعضه، ثم اختلفوا، فقال من كثرت قيمته: أدى كل واحد بقدر ما عليه، فلا فضل لأحدنا على صاحبه. وقال من قلت قيمته: أدينا على السواء، فلي الفضل عليك، أو يكون وديعة لي عند." (١)

"[فصل اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته]

(٨٨٤٠) فصل: وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته، أو يزاحمهم في مواريثهم، فهو شرط فاسد. في قول عامة العلماء، منهم الحسن، وعطاء، وشريح: وعمر بن عبد العزيز، والنخعي، وإسحاق. وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئا من، ميراثه. ولا يصح؛ لأنه يخالف كتاب الله عز وجل، وكل شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -. قال سعيد: حدثنا هشيم، حدثنا منصور، عن ابن سيرين، أن رجلا كاتب مملوكه، واشترط ميراثه، فلما مات المكاتب، تخاصم ورثته إلى شريح، فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته، فقال الرجل: ما يغني عني شرطي منذ عشرين سنة؟ فقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٦/١٠

شريح: كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة. ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط، كالذي قبله.

[فصل شرط على المكاتب خدمة معلومة بعد العتق]

(٨٨٤١) فصل: وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق، جاز. وبه قال عطاء، وابن شبرمة، وقال مالك، والزهري: لا يصح؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، أشبه ما لو شرط ميراثه. ولنا، أنه روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب، وشرط عليهم، أنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات. ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة، أشبه ما لو شرطها قبل العتق، ولأنه شرط نفعا معلوما، أشبه ما لو شرط عوضا معلوما، ولا نسلم أنه ينافي مقتضى العقد؛ فإن مقتضاه العتق عند الأداء، وهذا لا ينافيه.

[فصل كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط أن يعتق عند أداء الأول]

(٨٨٤٢) فصل: وإذا كاتبه على ألفين، في رأس كل شهر ألف، وشرط أن يعتق عند أداء الأول، صح، في قياس المذهب، ويعتق عند أدائه؛ لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء، صح، فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض، ويبقى الآخر دينا عليه بعد عتقه، كما لو باعه نفسه به.

[مسألة أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأخرجه إلى سيده فأحب أخذه]

(٨٨٤٣) مسألة: قال: (وإذا أسر العدو المكاتب، فاشتراه رجل، فأخرجه إلى سيده، فأحب أخذه، أخذه بما اشتراه، فهو على كتابته وإن لم يحب أخذه، فهو على ملك مشتريه، مبقى على ما بقي من كتابته، يعتق بالأداء، وولاؤه لمن يؤدي إليه) وجملته أن الكفار إذا أسروا مكاتبا، ثم استنقذه المسلمون، فالكتابة بحالها؛ فإن أخذ في الغنائم، فعلم بحاله، أو أدركه سيده قبل قسمه، أخذه بغير شيء، وكان على كتابته كمن لم يؤسر، وإن لم يدركه حتى قسم، وصار في سهم بعض الغانمين، أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه، أو من المشركين، وأخرجه إلى سيده، فإن." (١)

"تبطل به. فعلى هذا، لو أدى إلى سيده بعد ذلك، عتق. وعلى قول من أبطلها، لا يعتق.

الثالث، أن ما في يد المكاتب وما يكسبه، وما يفضل في يده بعد الأداء، له دون سيده. في قول القاضي، ومذهب الشافعي - رضي الله عنه - لأنها كتابة يعتق بالأداء فيها، فكان هذا الحكم ثابتا فيها، كالصحيحة. وقال أبو الخطاب: ذلك لسيده في الموضعين؛ لأن كسب العبد لسيده، بحكم الأصل، والعقد هاهنا فاسد،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٥٩

لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته، فلم ينقل الملك في المعوض كسائر، العقود الفاسدة، ولأن المغلب فيها حكم الصفة المجردة، وهي لا تثبت الملك له في كسبه، فكذا هاهنا، وفارقت الكتابة الصحيحة، فإنها تثبت الملك في العوض، فأثبتته في المعوض. الرابع، هل يتبع المكاتبة ولدها؟ قال أبو الخطاب: فيه وجهان؛ أحدهما، يتبعها؛ لأنها كتابة يعتق فيها بالأداء، فيعتق به ولدها، كالكتابة الصحيحة، والثاني، لا يتبعها. وهو أقيس، وأصح؛ لما ذكرنا في الذي قبله، ولأن الأصل بقاء الرق فيه، فلا يزول إلا بنص، أو معنى نص، وما وجد واحد منهما، ولا يصح ال قياس على الكتابة الصحيحة؛ لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم، فيبقى على الأصل. والله أعلم.." [1]

"[فصل ولد أم الولد قبل استيلادها]

(٨٨٦٤) فصل: فأما ولد أم الولد قبل استيلادها، وولد المدبرة قبل تدبيرها، والمكاتبة قبل كتابتها، فلا يتبعها؛ لوجوده قبل انعقاد السبب فيها، وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه، ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز، ففي السبب أولى. وذكر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين، فيخرج هاهنا مثله، وهو بعيد؛ لأن الولد المنفصل لا يتبعها في عتق، ولا بيع، ولا هبة، ولا رهن، ولا شيء من الأحكام، سوى الإسلام، بشرط كونه صغيرا، فكيف يتبع في التدبير، ولأنه لا نص فيه، ولا قياس يقتضيه، فيبقى بحاله.

[مسألة أسلمت أم ولد النصراني]

(٨٨٦٥) مسألة: قال: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني، منع من وطئها، والتلذذ بها، وأجبر على نفقتها. فإذا أسلم، حلت له، وإن مات قبل ذلك، عتقت) . وجملة ذلك أن الكافر يصح منه الاستيلاد لأمته، كما يصح منه عتقها. وإذا استولد الذمي أمته، ثم أسلمت، لم تعتق في الحال. وبهذا قال الشافعي.

وقال مالك: تعتق، إذ لا سبيل إلى بيعها، ولا إلى إقرار ملكه عليها؛ لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة، فلم يجز، كالأمة القن. وعن أحمد - رضي الله عنه - رواية أخرى، أنها تستسعى، فإن أدت، عتقت. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن فيه جمعا بين الحقين؛ حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليها، وحقه في حصول عوض ملكه، فأشبه بيعها إذا لم تكن أم ولد.

ولنا، أنه إسلام طرأ على ملك، فلم يوجب عتقا، ولا سعاية، كالعبد القن. وما ذكروه مجرد حكمة لم يعرف

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٦٤

من الشارع اعتبارها، وبقاؤها ضرر، فإن في عتقها مجانا إضرارا بالمالك، بإزالة ملكه بغير عوض، وفي الاستسعاء إلزام لها بالكسب بغير رضاها، وتضييع لحقه؛ لأن فيه إحالة على سعاية لا ندري هل يحصل منها شيء أو لا؟ وإن حصل، فالظاهر أنه يكون يسيرا، في أوقات متفرقة، وجوده قريب من عدمه، والحق أن يبقى الملك على ما كان عليه، ويمنع من وطئها، والتلذذ بها، كي لا يطأها ويبتذلها وهو مشرك، ويحال بينه وبينها، ويمنع الخلوة بها، لئلا يفضي إلى الوطء المحرم، ويجبر على نفقتها على التمام؛ لأنها مملوكته، ومنعه من وطئها بغير معصية منها، فأشبهت الحائض والمريضة، وتسلم إلى امرأة ثقة، تكون عندها، لتحفظها، وتقوم بأمرها، وإن احتاجت إلى أجر، أو أجر مسكن، فعلى سيدها.

وذكر القاضي أن نفقتها في كسبها، وما فضل من كسبها فهو لسيدها. وإن عجز عن نفقتها، فهل يلزم سيدها تمام نفقتها؟ على روايتين. ونحو هذا مذهب الشافعي والصحيح أن نفقتها على سيدها، وكسبها له، يصنع به ما شاء، وعليه نفقتها على التمام، سواء كان لها." (١)

"المسألة، في رواية مهنا، وقال: دعنا من هذه المسائل. و قياس مذهبه ما ذكرناه. وإن كان لها منه ولد، وله أولاد من غيرها، لم يجب القصاص أيضا؛ لأن حق ولدها من القصاص يسقط، فيسقط كله. وقد نقل مهنا عن أحمد – رضي الله عنه – أنه يقتلها أولاده من غيرها. وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه. والصحيح أنه لا قصاص عليها، ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها، كما لو عفا بعض مستحقي القصاص عن حقه منه، والله أعلم. والحمد لله وحده. وصلى الله على محمد." (٢)

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٠/١٠

(٢) المغني لابن قدامة ٤٨٦/١٠